Rechtlicher Charakter der behördlichen Aufsicht gemäß § 4 der VO. vom 2. November 1923 gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung

---

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Juristischen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

von

Gabriel Baron Pilars de Pilar

aus Struga bei Warschau

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1928

Referent: Professor Dr. Göppert

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt

Seite

A. Einleitung.

Vorgeschichte der Kartellverordnung 1

B. Hauptteil.

I. Rückblick auf die Kartelliteratur 3
II. Die Stellungnahme zur Ansicht Rudolf Isays 4
III. Gegenüberstellung von Staatsaufsicht und Kartellaufsicht 5
IV. Der privatrechtliche Charakter der Kartelle 6
V. Der rechtliche Charakter der Kartellaufsicht 9
VI. Die verwaltungsrechtliche Bedeutung des Ausdruckes „Polizei“ . . 13
1. Vorgeschichte 13
2. Begrenzung auf den Begriff Sicherheitspolizei im Sinne von O. Mayer 15
3. Kartellaufsicht nach Ansicht Isays 17
VII. Weitere Stellungnahme zur Ansicht Isays 20
1. Das Fehlen eines „Reichspolizeibegriffes“ 20
a) Nach der alten Reichsverfassung.
b) Nach der neuen Reichsverfassung.
2. Die einzelstaatliche Polizei und die überragende Bedeutung von § 10, II, 17 23
3. Die Gleichheit und Verschiedenheit der polizeilichen Schutzgüter in den Einzelstaaten 27
4. Die begriffliche Verschiedenheit der polizeilichen Schutzgüter in § 4, I Satz 1 der Kartellverordnung und § 10, II, 17 des Allgemeinen Landrechts 27
a) Allgemeines.
b) Gegenüberstellung der Begriffe Gemeinwohl und öffentliche Ordnung.
c) Gegenüberstellung der Begriffe Publico und Gesamtwirtschaft
VIII. Der sicherheitspolizeiliche Charakter der Aufsicht und seine Abgrenzung 35
1. Die weitgehendere Ansicht der Literatur 35
2. Der Begriff der Gefahrenabwehr 36
3. Die Bedeutung des Begriffs der Gefahrenabwehr für den sicherheitspolizeilichen Charakter der Aufsicht 37

Seite

4. Die engere oder weitere Auffassung über den Abwehrgedanken 39
   a) Kriegsgesetzgebung.
   b) Nachkriegsgesetzgebung.
   c) Planwirtschaft.
   d) Der Rechtsgedanke und die neue Kartellpolizei.

IX. Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft als polizeiliche Schutzgegenstände der Kartellverordnung 45
   1. Allgemeines 45
   2. Gemeinwohl 46
   3. Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl 46

X. Die Richtlinien der bisherigen Aufsichtspraxis 50
   1. Gutachten 50
   2. Rechtsprechung des Kartellgerichts 51

XI. Die Mittel des Reichswirtschaftsministers zu polizeilichem Einschreiten gemäß § 4 der VO. 54
   1. Die Besonderheit des § 4 Ziff. 2 der VO. 54
   2. Allgemeines 60

C. Schluß.

Zusammenfassung 61

Literatur

Anschütz, Die Polizei. Leipzig 1910.

Arndt, Kartellrechtliche Verwaltungsakte. Im Arch. f. öff. Recht Bd. 11 Heft 2. Tübingen 1926.

Bartsch, Eingriff der Polizei in die Privatrechte. Berlin.

Bähr, Der Rechtsstaat. Kassel 1864.

Bernstein, Bankenvereinigungen und Kartellverordnung (Bankarch. 1923 S. 335).

Bericht über die Wirkungen der Verordnung vom 2. November 1923 und die bisherige Tätigkeit des Kartellgerichts (Drucks. d. Reichstages 3060 vom 21. Januar 1924). (zit. Tätigkeitsbericht.)

Berichte der Kartellstelle (Nr. 10, 13, 21) des Reichsverbandes der deutschen Industrie.

Blodig, Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff. Wien-Leipzig 1894.

Blum, Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts. Mannheim 1925.

Blum, Welche rechtlichen Handhaben bietet die Kartellgesetzgebung der Regierung zur Durchführung der Preissenkungsaktion? In der JW. 1925 Heft 23.

Bornhak, Das Polizeiverfügungsrecht in Preußen. Im VerwArch. 1899 Bd. 5.

Breslauer-Tschierschky, System und Entwicklung des neuen Kartellrechts. In der Beilage zur KartRdsch. 1924 zu Heft 4/5 und 1925 Heft 8 S. 7 und S. 40/41.

Caro, Die Kartellpraxis und ihre Auswirkungen. München 1926.

Drews, Preußisches Polizeirecht. Berlin 1927.

Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung. Leipzig 1905. Beilage-Heft 1 zu Bd. 28 (Rechtsgrundsätze d. K. Oberverwaltungsgerichts Bd. 1 Heft 1 S. 48) (Aufgaben und Grenzen der Polizeigewalt).

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 6./7. Aufl. Tübingen 1922.

Friedrichs, Grundzüge des Polizeirechts. Bonn 1927.

Friedländer, Das Kartellaufsichtsgesetz. Berlin 1926.

Gierke, Otto v., Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht. Berlin 1926.

Göppert, Zum Recht der Unternehmungszusammenfassung. Im Bankarch. Bd. 26 S. 398.

Göppert, Staat und Wirtschaft. Tübingen 1924.

Hänel, Deutsches Staatsrecht. Heidelberg 1892.

Haußmann-Holländer, Kartellverordnung. München 1925.

Hatschek, Verwaltungsrecht. 3./4. Aufl. Leipzig 1924.

Heymann, Reform der modernen Kriegswirtschaft. Marburg 1921.

Hirsch und Falk, Polizei und Wirtschaft. Berlin 1926.
Isay-Tschierschky, Kartellverordnung. Mannheim 1925.
Isay, R., Referat zur Kartellverordnung. In den KartRdsch. 23 S. 239.
Isay, R., Kartelle und ordentliche Gerichte. In der KartRdsch. 25 S. 70.
Isay, R., Zur Systematik des Kartellrechts. In den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot. Neue Folge 5. Jahrg., der ganzen Reihe 68. Jahrg. Berlin 1927.
Isay, R., Bemerkungen zum Kartellgesetz. In der KartRdsch. 24 S. 273.
Jungel, Der Begriff der Polizei im Württembergischen Recht. Plieningen 1912.
Lammers, Referat zur Kartellverordnung. In der KartRdsch. 23 S. 227.
Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 8. Aufl. München 1928.
Lehnich-Fischer, Das Kartellgesetz. Berlin 1924.
Lucas, Begleitwort zum Kommentar von Isay und Tschierschky. In Gruch. Beitr. n. F. 5. Jahrg., der ganzen Reihe 68. Jahrg.
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1. 3. Aufl. München 1924.
Metzner, Das Kartellgesetz. In der KartRdsch. 24 S. 314.
Metzner, Kartelle und Kartellpolitik. Berlin 1926.
Nußbaum, Das Börsengesetz. München 1910.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1908.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Bd. V. Marburg 1923 (RGRKomm.).
Reinbeck, Kartellverordnung und Seeschiffahrtsverordnung. In der Kart.-Rdsch. 25 S. 481.
Rosin, Begriff und Umfang der Polizeigewalt. Im VerwArch. Bd. 3. Berlin 1895.
Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaften. Freiburg i. Br. 1896.
Schäffer, Zum Kommentar von Isay und Tschierschky. In der JW. 1925 S. 1245.
Schönborn, Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Verfassungsstaat. Heidelberg 1906.
Schröter, Der Rücktritt vom Kartell. München 1927.
Schultzenstein zu Anschütz, „Polizei". Im VerwArch. Bd. 18 S. 548. Berlin 1910.
v. Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde des Deutschen Reichs. Freiburg 1893.
Stammler, Lehre von dem richtigen Recht. Halle 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 1. München 1925.
Thoma, Der Polizeibefehl im Badischen Recht. Tübingen 1906.
Triepel, Die Reichsaufsicht. Berlin 1917.
Tschierschky, Problem der staatlichen Kartellaufsicht. Mannheim 1923.
Vogel, Die Stellung der Verbraucher und Arbeitnehmer zur Kartell- und Monopolfrage. In der KartRdsch. 27 S. 445.
Wittgensteiner, Bemerkungen zur Kartellgerichtsentscheidung vom 17. Februar 1927. In der KartRdsch. 27 S. 338 ff.
Wolzendorff, Der Polizeigedanke des modernen Staates. Breslau 1918.
Wunderlich, Kartelle und Koalitionsfreiheit. In der KartRdsch. 24 S. 69 ff.

A. Einleitung.

Vorgeschichte der Kartellverordnung.

„Das Problem ‚Staat und Kartelle' ist so alt wie diese Organisation selbst."[1]) Diese Worte Tschierskys richten unseren Blick rückwärts Jahrzehnte zurück bis zum Beginn der 70er Jahre. Das allmähliche Entstehen großer wirtschaftlicher Organisationen und Zusammenschlüsse läßt die Frage immer brennender werden. Kleinwächters berühmtes Buch „Die Kartelle" aus dem Jahre 1883 schneidet schon dieses Problem an, das bald mit der fortlaufenden Entwicklung im Mittelpunkt des Interesses weiter Kreise nicht nur der Wirtschaft, sondern auch der Wissenschaft und des Parlamentes steht. Ich verweise auf die Juristentage von 1902 und 1904 wie auf die bekannte Kartellenquête der Jahre 1902—1905. Daß dieses Problem seine, wenn auch hoffentlich erst vorläufige Lösung fand am 2. November 1923 durch die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung, hängt mit der Geschichte und seiner Schwierigkeit selbst zusammen. Darauf einzugehen soll aber nicht meine Aufgabe sein, die nur darin bestehen soll, die heutige Lösung, wie sie uns die sogenannte Kartellverordnung durch eine gerade in § 4 der VO. besonders ausgeprägte behördliche Aufsicht gebracht hat, auf Grund der allgemein herrschenden verwaltungswissenschaftlichen Anschauungen, die in der noch immer wenigstens grundsätzlich herrschenden Idee des Rechtsstaates gipfeln, sowohl rechtlich festzulegen wie auch rechtspolitisch zu werten.

Zu dieser Lösung des Kartellproblems ist es erforderlich, darauf hinzuweisen, mit welcher Plötzlichkeit und Unmotiviertheit[2]), man möchte sagen über Nacht uns dieses Gesetzwerk überraschte im Vergleich zu den schon Jahrzehnte gepflogenen

[1]) Tschierschky, Problem der staatlichen Kartellaufsicht S. 9.
[2]) Göppert, Staat und Wirtschaft S. 34.

Verhandlungen im Kabinett und Parlament[3]), wie nach der letzten Stellungnahme der Reichsregierung am 16. Januar 1923 vor dem Reichstagsausschuß für Volkswirtschaft.

Zitierte nach Anfang 1923 Tschierschky[4]) den Satz des Sozialisten Schoenach: „Polizeigesetze gegen das Kartellwesen zu fordern, ist eine kleinbürgerliche Utopie", so muß es uns doch merkwürdig anmuten, daß in kürzester Zeit darauf ein solches Polizeigesetz für die Aufsicht über die Kartelle Wirklichkeit wurde. Das zeigt allerdings, mit welcher Eigenmächtigkeit und Schnelligkeit die Gesetzesmaschinerie des Staates oder vielmehr eine wenigstens auf wirtschaftlichem Gebiete fast diktatorische Regierung auch auf den wichtigsten Lebensgebieten in einschneidender Weise wirksam wurde.

Wenn wir daher etwas zu dieser Vorgeschichte[5]) der Verordnung sagen wollten, so kann das nur kurz sein. Ganz außerhalb des Rahmens dessen, was schon die Jahre voraus Wirtschaft, Parlament, Presse und Literatur als Forderungen in den Vordergrund treten ließen, stellte die Kartellverordnung, wie die amtliche Begründung hervorhebt, nur ein Glied in der Kette von Maßnahmen wirtschaftspolitischer Natur dar, welche die Regierung auf Grund der besonderen Ermächtigung vom 13. Oktober 1923 seinerzeit für notwendig und wichtig erachtete[6]). Die Kartellverordnung, gedacht als außerordentliche Maßnahme zum Kampf gegen die Preis- und Absatzpolitik der Kartelle, deren Auswüchse damals auf dem Höhepunkt der Inflation nach Ansicht der Regierung besonders stark hervortraten, erschien allerdings zu diesem Zweck zu spät — post festum —[7]). Trotzdem blieb die Verordnung weiter in Kraft. Es ist auch heute noch nicht abzusehen, wann eine zwar schon längst geforderte Änderung oder Neuregelung der Kartellgesetzgebung einsetzen wird[8]).

---

[3]) Lehnich-Fischer a. a. O. S. 15 ff. und S. 30 ff.

[4]) Tschierschky a. a. O. S. 9.

[5]) Beschluß des Reichstages Mitte März 1923 und den beiliegenden Entwurf, Reichstagsdrucks. 5586 Nr. 1 S. 7 Ziff. 2 u. 5.

[6]) Nikodem Caro a. a. O. S. 4 ff.

[7]) Arno Blum, Grundzüge S. 11.

[8]) Metzner, Kartelle und Kartellpolitik S. 96 (Antrag Müller (Franken) u. Gen. im Reichstag 1925.

Vor allem ist es die in der Verordnung geregelte Verwaltungskontrolle in der Hand des Reichswirtschaftsministers bzw. Reichsernährungsministers, deren Schwerpunkt in § 4 der VO. ruht, die wegen der außerordentlichen Machtbefugnisse des Ministers, denen z. B. gemäß § 4 Abs. 1 Ziff. 2 u. 3 jede Rechtskontrolle versagt ist, besonders in den Kreisen der Wirtschaft die größte Beunruhigung im Hinblick auf die daraus sich ergebende Rechtsunsicherheit hervorrief[9]). Diese Tatsache führt uns die Wichtigkeit der kommenden Frage vor Augen, deren Lösung und Klarstellung die Aufgabe dieser Arbeit sein wird; sie lautet: Um was für eine Aufsicht im verwaltungswissenschaftlichen Sinne handelt es sich in § 4 der Kartellverordnung?

B. Hauptteil.

I. Rückblick auf die Kartelliteratur.

Die Fragestellung: Was ist Kartellaufsicht? rückt das Problem in so unmittelbare Nähe, daß man sich versucht fühlen könnte, vor dessen Inangriffnahme einige Anhaltspunkte zu suchen, sei es, um vielleicht an einer schon erkennbaren Entwicklungsstufe oder an der bisher vorliegenden Literatur anzuknüpfen. Ersteres dürfte daran scheitern, daß, wie wir schon eben aus der Vorgeschichte der Kartellverordnung haben entnehmen müssen, dieses Gesetz als ein Zufallsprodukt mitten in die Entwicklung des Kartellrechts hineinragt. Ein Rückblick auf die Literatur zeigt, daß gerade hier eine besondere Unklarheit herrscht, man eher von einem Ausweichen in dieser Frage sprechen kann. Aus dem Wortlaut der Ermächtigung werden nur ganz allgemeine Schlüsse gezogen. So bezeichnet ein Teil der Kartellrecht-

---

[9]) Referat Lammers, KartRdsch. 23 S. 223; Referat R. Isay, Kart.-Rdsch. 23 S. 227; Wunderlich, Kartelle und Koalitionsfreiheit, KartRdsch. 24 S. 69; Metzner, Das Kartellgesetz, KartRdsch. 24 S. 316; Reinbeck, Kartellverordnung und Seeschiffahrtsverbände, KartRdsch. 25 S. 489; Alex Vogel (Gewerkschaftsführer der GDA.), Stellung der Verbraucher und Arbeitnehmer zur Kartell- und Monopolfrage, KartRdsch. 27 S. 445.

ler[1]) diese Aufsicht allenthalben als Polizei. Friedländer in seinem Kommentar „Das Kartellaufsichtsgesetz" nennt diese Verwaltungsmaßnahmen in der Verordnung Präventivkontrolle, während Wenzel-Goldbaum in dem Kommentar „Kartellrecht und Kartellgericht" S. 33/34 den Ausdruck „Polizei" — allerdings ohne besondere Begründung — ablehnen und dafür „Vorschriften des vorbeugenden Rechtsschutzes" setzen. Die übrige Literatur ist noch zurückhaltender. So spricht Arno Blum, „Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts" (S. 71), von einer gewissen „Staatsaufsicht", Lehnich-Fischer, Kommentar „Das Kartellgesetz", nur von Anordnungen oder Eingriffsmöglichkeiten für die Verwaltung.

II. Die Stellungnahme zur Ansicht Rudolf Isays.

Rudolf Isay[2]) hat das Verdienst, als erster gegenüber dieser gänzlich farblosen und unklaren Ausdrucksweise der übrigen Kartellrechtler eine eindeutige Stellung einzunehmen, so daß die Frage zu einer Klärung drängen muß. Nach ihm ist Kartellaufsicht gleich Polizei, und zwar auch nur gleich Sicherheitspolizei im Sinne des O. Mayerschen Polizeibegriffes[3]). Das ergebe schon der Vergleich der in der Kartellverordnung enthaltenen Ermächtigungen (§§ 4, 9, 10) mit der bekannten Bestimmung des Allgemeinen Landrechts § 10, II, 17 ALR. Isay[4]) sagt darüber in seinem Kommentar: „Diese Vorschriften begründen einen neuen Zweig der Polizei, den wir der Kürze halber als Kartellpolizei bezeichnen wollen, wenn er sich auch der Sache nach allgemein gegen wirtschaftliche Machtkörper, also nicht bloß gegen Kartelle richtet. Daß es sich hier um eine Art Polizei handelt, ergibt ohne weiteres ein Vergleich mit der bekannten Bestimmung des Allgemeinen Landrechtes (§ 10, II, 17).

Die Beweisführung Isays hat etwas Überraschendes. In der Tat müssen wir anerkennen, es besteht zweifelsohne eine gewisse

---

[1]) Nikodem Caro a. a. O. S. 16; Adolf Arndt, Kartellrechtliche Verwaltungsakte a. a. O.; Schröter a. a. O. S. 107; Metzner, Kartelle und Kartellpolitik S. 90; Tschierschky im Komm. v. I. u. I. S. 44.

[2]) Vgl. Komm. z. KartVO. v. I. u. T. a. a. O. S. 99 ff.

[3]) Vgl. S. 16 ff. der Arbeit.

[4]) Vgl. auch Isay, Zur Systematik des Kartellrechts in Gruch. Beitr.

Übereinstimmung zwischen den Ermächtigungen der Kartellverordnung und § 10, II, 17 ALR. Doch werden wir uns dabei weiter fragen: Ist diese Uebereinstimmung nicht bloß äußerer Art, nur dem äußeren Wortsinn nach? Gibt es nicht auch gesetzliche Ermächtigungsklauseln gleichen Wortinhalts, wo nicht Polizeiaufsicht, sondern eine ganz andere Aufsichtsart vorliegt? — Art. 12 Abs. 2 d. n. RV. z. B. lautet: „Gegen Landesgesetze, die sich auf Gegenstände des Art. 7 Ziff. 13 beziehen, steht der Reichsregierung, sofern dadurch das Wohl der Gesamtheit im Reich berührt wird, ein Einspruchsrecht zu." Liegt hier nicht etwas anderes als Polizeiaufsicht vor, trotzdem wir es dem Wortinhalt nach mit einer ganz ähnlichen Ermächtigung zu tun haben? Es handelt sich auch um eine Abwehrtätigkeit. Geschützt soll werden das Wohl der Gesamtheit, ein mindestens ebenso weiter Begriff als Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft. Der einzige Unterschied betrifft das Objekt der Aufsicht. In Art. 12 Abs. 2 sind es Gesetze der dem Reich eingegliederten Länder, in der Kartellverordnung Verträge und Beschlüsse wirtschaftlicher Machtverbände. Doch auch das entfiele z. B. bei der Ermächtigung, die dem Bürgermeister gegenüber den Beschlüssen der Stadtverordnetenversammlung gegeben ist, durch die das Gemeinwohl verletzt wird. Auch hier eine allgemeine Ermächtigung ganz gleichen Inhalts und doch keine Polizeiaufsicht, sondern Staatsaufsicht. Wir müssen daher vorerst feststellen, daß sich aus dem Wortlaut der in der Kartellverordnung gegebenen Ermächtigungen ohne weiteres keine sicheren Schlüsse ziehen lassen. Daher auch die verschiedene Auffassung anderer Kartellkommentare, die allerdings sich zumeist nicht näher mit dieser Frage beschäftigen. Es käme mithin, rein äußerlich gesehen, vielleicht eine ganz andere Aufsicht, wie z. B. S t a a t s a u f s i c h t in Frage.

III. Gegenüberstellung von Staatsaufsicht und Kartellaufsicht.

Was versteht man im Staats- bzw. verwaltungsrechtlichen Sinne überhaupt unter Staatsaufsicht? So verschiedenartig die ganze diesbezügliche Literatur hierüber auch ist, auf eine gewisse einheitliche Linie können wir die verschiedenen Ansichten doch

zusammenführen. Wenn von Staatsaufsicht[1]) gesprochen wird, müssen wir uns zunächst vergewissern, ob damit Staatsaufsicht im engeren oder im weiteren Sinne verstanden wird[2]). Triepel[3]) z. B. definiert Staatsaufsicht in einem sehr weiten Sinne, umfassend jede staatliche Aufsichtsbetätigung, so auch Polizeiaufsicht, Gesetzesaufsicht, Aufsicht über Kommunen und öffentlichrechtliche Anstalten und Verbände.

Diese weite Begriffsfassung ist vorerst geeignet, durch systematische Fragestellung ganze Gebiete staatlicher Aufsichtsbetätigung von unserer weiteren Prüfung auszuschließen. Triepel faßt unter Staatsaufsicht „die Gesamtheit der staatlichen Aufsichtshandlung". Wir kennen aus dem Verwaltungsrecht, wie schon oben erwähnt, eine große Anzahl besonders spezifizierter Staatsaufsichtsarten. Wir sprechen von staatlicher Dienstaufsicht, von Gesetzesaufsicht, Staatsaufsicht über Selbstverwaltungskörper usf. Der verschiedene Charakter dieser Aufsicht ergibt sich vorwiegend aus dem Objekt dieser Aufsicht, wie einmal: öffentliche Korporation, Gesetzesnorm, Beamter. So ist es auch hier eine der Hauptfragen: Wer ist das Objekt der zu behandelnden Aufsicht? Welchen rechtlichen Charakter trägt sie?

IV. Der privatrechtliche Charakter der Kartelle.

Wir brauchten vorhin schon den Ausdruck „Kartellaufsicht". Dieses Wort deutet auf das Objekt der Kartellaufsicht hin. Es handelt sich um Kartelle, und zwar, wie aus § 1 der VO. hervorgeht, um Kartelle im weitesten und gebräuchlichsten Wortsinn, d. h. umfassend alle möglichen Organisationen jeglicher rechtlicher Form und wirtschaftlicher Struktur, von denen ein wirtschaftlicher Machtmißbrauch ausgehen kann. Die Vereinigungsformen sind bekannt. Kartelle treten uns in hochentwickelter

[1]) Der Ausdruck wird mit gleichem Inhalt auch für Oberaufsicht, Organaufsicht, Beaufsichtigung usw. verwandt.

[2]) Hänel a. a. O. S. 299 ff. hebt besonders diesen Unterschied hervor.

[3]) Triepel a. a. O. S. 121: „Und so fassen wir das Rechtsinstitut der Staatsaufsicht auf als die Gesamtheit staatlicher Handlungen, die zum Zwecke haben das Verhalten der dem Staate unterstellten mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen und zu erhalten."

rechtlicher Form, also sowohl organisiert als Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eingetragener Verein wie auch in losester Vereinigung als einfache Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes gemäß § 705 BGB. entgegen, mithin in einem Rechtsformenkreis, der allein dem Privatrecht angehört.

Daß es sich um eine Aufsicht über rein privatrechtliche Zusammenschlüsse handelt, bedürfte wohl keiner weiteren Prüfung, wenn nicht über die Grenzen von öffentlichem Recht und Privatrecht immer wieder die größten Verschiebungen und Unklarheiten entständen. So versuchen z. B. Breslauer und Tschierschky[4]) in der Kartellrundschau den Kartellen einen gewissen öffentlichrechtlichen Charakter beizulegen. Es heißt dort wörtlich: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die von der Kartellverordnung erfaßten Organe durch ihre mit eben diesen Gesetzen vollzogene staatliche Anerkennung aus dem Rahmen rein privatwirtschaftlicher Gebilde herausgehoben sind, sofern ihnen ausdrücklich, wie die amtliche Begründung der Kartellverordnung erkennen läßt, volkswirtschaftlich und sozialpolitisch bedeutsame Funktionen zuerkannt werden." — Wenn Kartelle allein schon dadurch, daß ihnen volkswirtschaftlich und sozialpolitisch bedeutsame Funktionen zuerkannt werden, öffentlichrechtlichen Charakter bekämen, könnte man diesen Begriff beliebig weit ausdehnen. Man wird einer großen Bank, wie z. B. einer der D-Banken, die in ihrer Größe und ihrer Bedeutung für die gesamte Wirtschaft es jedenfalls mit sehr vielen Kartellen aufnehmen können, ebensowenig volkswirtschaftliche und sozialpolitische Funktionen absprechen, ohne daß man daran denken wird, ihnen einen öffentlichrechtlichen Charakter zu verleihen. Mit Anerkennung dieser Ansicht könnte man auf Grund so dehnbarer Begriffe wie volkswirtschaftliche und sozialpolitische Funktionen beliebig weit gehen. Man könnte damit allen größeren wirtschaftlichen Unternehmungen diesen Charakter zulegen. Nach heutigem positiven Recht dürfen volkswirtschaftliche und sozialpolitische Funktionen für den öffentlichrechtlichen Charakter wirtschaftlicher Zusammenschlüsse ebensowenig bedeutsam

---

[4]) Breslauer-Tschierschky, Syst. u. Entwickl. d. neuen Kart.-Rdsch. i. d. Beil. z. KartRdsch. Jahrg. 24 Heft 4/5 S. 7.

sein wie der Hinweis auf die staatliche Anerkennung durch eine nur in der Presse veröffentlichte amtliche Erklärung.

Im Verwaltungsrecht versteht man unter öffentlichem Recht ein besonderes spezifisches Verhältnis zum Staate. Einige wollen dieses in einer besonderen Organstellung[5]) zum Staate erblicken, oder in besonderen Privilegien und Vorrechten, die den juristischen Personen des öffentlichen Rechtes beigelegt sind, in der Ausstattung des öffentlichen Verbandes mit obrigkeitlicher Gewalt[6]) oder im Beitrittszwang, in der staatlichen Anerkennung[6]). Rosin[7]) erblickt das Kriterium in der kraft öffentlichen Rechtes dem Staate gegenüber bestehenden Pflicht, der öffentlichen Genossenschaft ihre Zwecke zu erfüllen. O. Mayer[8]) sagt: „Juristische Personen des öffentlichen Rechtes sind nur solche, die dazu da sind, öffentliche Verwaltung zu führen."

Man mag darüber streiten, welche dieser Gesichtspunkte als Kriterium in Frage kommen. Die Grenzen des öffentlichen und privaten Rechtes sind nicht leicht zu ziehen. Für die Kartelle steht der privatrechtliche Charakter m. E. nach heutigem positivem Recht außer allem Zweifel. Nicht eines der eben aufgezählten Merkmale: Organstellung, besondere staatliche Anerkennung, besondere Vorrechte, obrigkeitliche Gewalt usf. können in Betracht gezogen werden; denn nirgends in der Kartellverordnung finden wir dafür auch nur irgendeinen Anhaltspunkt. Aus § 19 der Kartellverordnung kann man auch auf das Gegenteil schließen. Kartelle sind Vereinigungsformen privater Unternehmen zu rein privatwirtschaftlichen Zwecken. Daß diese wirtschaftlichen Zwecke auch das öffentliche Interesse erwecken können durch Gefährdung des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft, kommt erst mittelbar in Frage; erst dann, wenn die in der Verordnung gegebenen Voraussetzungen dazu vorliegen. In das interne Leben der Kartelle dringt die Aufsichtsgewalt des Staates unmittelbar nicht ein.

So einfach und offenliegend die eben behandelte Frage auch

---

[5]) Schönborn a. a. O. S. 15.

[6]) Rosin a. a. O. S. 1.

[7]) a. a. O. S. 18. So auch Blodig a. a. O. S. 47.

[8]) O. Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 327; ebenso Lorenz v. Stein, Die vollziehende Gewalt S. 47.

war, ihre unbedingte Klarstellung erscheint m. E. deshalb so wichtig, da das Ergebnis: Kartelle = rein privatwirtschaftliche Gebilde, die weitere Prüfung auf eine engere übersichtliche Grundlage stellt, d. h.: Ganze Gebiete staatlicher Aufsichtsbetätigung bedürfen keiner weiteren Berücksichtigung mehr. Es entfällt Staatsaufsicht über öffentlichrechtliche Körperschaften, Anstalten und Verbände, es entfällt ferner Staatsaufsicht über staatliche Organe, wie Beamtenaufsicht, Aufsicht über die Handelskammern, Aufsicht über den Reichskohlen- und -kalirat. Kurz, jede Aufsicht über Gebilde, die juristische Personen des öffentlichen Rechtes sind oder sonst in einer besonderen Organstellung zum Staate stehen.

V. Der rechtliche Charakter der Kartellaufsicht.

Ein weites Gebiet staatlicher Aufsichtsbetätigung bleibt indes zur weiteren Vergleichsstellung übrig, und zwar tritt uns auch hier der Aufsichtscharakter in den verschiedensten Abstufungen entgegen. Ich verweise auf die weitgehenden Aufsichts- und Versicherungsunternehmen, Hypothekenbanken, Börsen, auf die Aufsichtsbefugnis gemäß § 43 BGB., § 62 GmbHGes., Art. 4 AusfGes. zum HGB. § 81 GenGes.

Es handelt sich für unsere weiteren Ausführungen darum, festzustellen, welchen Charakter staatliche Aufsicht über rein privatrechtliche Unternehmen und Vereinigungen trägt. Als Möglichkeit bliebe nurmehr Polizeiaufsicht oder eine etwaige fortentwickelte Staatsaufsicht. Worin liegt der Unterschied zwischen beiden? — Es ist zu erörtern, ob es überhaupt noch Staatsaufsicht über private Vereinigungen oder Unternehmen gibt. Ich möchte dieses bejahen, wenngleich unser Problem vorerst sich zwar schwieriger gestalten, dafür aber m. E. später um so klarer lösen wird.

Die Literatur versteht unter Staatsaufsicht regelmäßig nur Aufsicht über öffentlichrechtliche Verbände[1]) oder, wie Schönborn und Hänel[2]) sagen, nur über Personen, Korporationen,

[1]) Gierke a. a. O. S. 653; O. Mayer Bd. 2 a. a. O. S. 393; Rosin a. a. O. S. 16.

[2]) Schönborn a. a. O. S. 16/17; Hänel a. a. O. S. 300 ff.

Anstalten, die in einer Organstellung zum Staate stehen (was sich im wesentlichen auf derselben Linie bewegt). In umgekehrter Weise sagt Thoma[3]), bezugnehmend auf Rosin: „Die natürliche Bewegungs- und Verfügungsfreiheit der juristischen Person des Privatrechts dagegen kann in anderer als polizeilicher, d. h. den Normen des Polizeirechtes folgender Weise nicht beschränkt werden. Ein besonderes Aufsichtsrecht über private Vereine ist nicht konstruierbar." Scheinbar liegt also die Grenze nach herrschender Ansicht zwischen Staatsaufsicht und Polizeiaufsicht auf derselben Linie wie die Scheide zwischen öffentlichem und Privatrecht. Das dürfte nur zum Teil richtig sein; denn m. E. gibt es noch Staatsaufsicht über die öffentlichrechtliche Grenze hinaus, Staatsaufsicht auch über private Organisationen und Vereinigungen. Ich möchte das mit dem Hinweis auf staatliche Aufsichtsbetätigung, z. B. über private Versicherungen, Hypothekenbanken, Börsen, begründen. Jedenfalls wird das m. E. keineswegs mehr Polizeiaufsicht sein. — Daß es sich hier meist nur um reine Gesetzesaufsicht handelt, d. h. die Aufsichtsorgane wachen nur darüber, ob die vorgeschriebenen Normen eingehalten werden, dürfte für die Verneinung des polizeilichen Charakters nicht allein ausschlaggebend sein. Sowohl Staatsaufsicht wie Polizeiaufsicht kennt Gesetzesaufsicht[4]), wie umgekehrt beide Aufsichtsarten oft nur von allgemeinen Ermächtigungsklauseln ausgehen.

Der Aufsichtscharakter qualifiziert sich m. E. dadurch, daß zwischen diesen Unternehmungen und Vereinigungen, wie Hypothekenbanken, Privatversicherungen, Börsen, durch die tiefgreifenden Aufsichtsbestimmungen dieser Gesetze ein besonderes Verhältnis zum Staate hergestellt wird. Die gesetzliche Regelung ist dabei oft so eingehend, daß man fast von einer staatlichen Leitung dieser Unternehmen sprechen kann. Der Staat übt eine ganz unmittelbare Herrschaftsbefugnis aus, ohne, wie es nach heutigem positiven Recht für Polizeiaufsicht erforderlich ist, an besondere polizeiliche Maßstäbe gebunden zu sein. Das gleiche gilt für die Aufsicht über juristische Personen des Privatrechtes. Auch den juristischen Personen gegenüber nimmt der

[3]) Thoma a. a. O. S. 13/14.

[4]) So wenigstens herrschende Lehre; anders m. E. richtig O. Mayer Bd. 1 S. 210 ff.

Staat eine besonders geartete Stellung ein; anders als anderen Privatpersonen oder Vereinigungen gegenüber, die keine juristische Persönlichkeit besitzen. Auch hier können wir gerade aus diesem Gesichtspunkte heraus nicht mehr von Polizeiaufsicht sprechen. Die herrschende Literatur meint allerdings regelmäßig dann erst Staatsaufsicht, wenn es sich um Beaufsichtigung öffentlichrechtlicher Vereinigungsformen und Körperschaften handelt. Doch wird hier die Grenze im Hinblick auch auf private Körperschaften nicht mehr so eng gezogen. So erkennt auch Gierke[5]) über private Körperschaften eine gewisse Staatsaufsicht an, der allerdings die Kontinuierlichkeit der Aufsicht über die öffentlichrechtlichen Korporationen fehlt. Ebenso kommt Schönborn[6]) nicht daran vorbei, den juristischen Personen des Privatrechts dem materiellen Inhalt nach ein besonderes staatliches Aufsichtsrecht anders als das der Polizei zuzuerkennen: „Allein nach § 78 BGB. kann das Amtsgericht die Mitglieder des Vorstandes eines Privatvereins bei der Befolgung gewisser formaler Vorschriften durch Ordnungsstrafen zwingen, und unzweifelhaft ist dieses Recht materiell auch Bestandteil der Vereinsaufsicht des Staates." Weiter verweise ich auf die §§ 21, 22 ff., auf § 43 BGB., § 62 GmbHGes., § 81 GenGes. Dürfte nicht aus diesen Bestimmungen eine unmittelbare Beziehung zwischen Staat und Organisation hervorgehen und damit diese Aufsicht als eine besondere Staatsaufsicht qualifizieren, zum mindesten sich als eine Fortentwicklung derselben rechtfertigen lassen?[7]) Das legt uns sofort die Frage vor: Könnte nicht auch die Kartellaufsicht als eine gewisse Fortentwicklung dieser Verbandsaufsicht angesehen

---

[5]) Zunächst tritt eine ständige Staatsaufsicht regelmäßig überhaupt nur noch über öffentlichrechtliche Körperschaften ein, während rein privaten Körperschaften gegenüber das moderne Recht die Tendenz zeigt, die Aufsichtsführung des Staates für die Dauer des normalen Verlaufs des Verbandslebens stillzustellen und nur in bestimmten Fällen außerordentlicher Lebensstörung wieder hervortreten zu lassen.

[6]) a. a. O. S. 17. Schönborn klammert sich bei der Festlegung seines Staatsaufsichtsbegriffes zu sehr an die s. M. nach dafür unbedingt erforderliche Organstellung der jur. Pers., von der natürlich hier nicht gesprochen werden kann.

[7]) Hatschek a. a. O. S. 326/27 nimmt ohne weiteres für jur. Pers. d. Privatr. Staatsaufsicht an.

werden, wenngleich auch Kartelle sehr oft gar nicht einmal sich in der Form einer juristischen Person organisieren, z. B. nur als Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes? Arno Blum[8]) z. B. spricht ausdrücklich von einer „gewissen Staatsaufsicht". Ein ebenso großer Teil der Kartelliteratur wieder von Polizeiaufsicht[9]). Rein äußerlich gesehen besteht offensichtlich eine nahe Verwandtschaft beider Begriffe[10]). Ihrem materiellen Inhalt nach finden sich aber sehr wesentliche Kriterien der Scheidung[11]).

Aus meinen letzten Ausführungen dürfte sich ersehen lassen, worin der Hauptunterschied besteht: Staatsaufsicht nur dort, wo ein besonderes qualifiziertes Verhältnis zum Staate besteht. Polizeiaufsicht dort, wo diese fehlt.

Die Antwort darauf, um was für eine Aufsicht handelt es sich in der KartVO., dürfte damit nicht mehr schwer sein. Nirgendwo in der Verordnung, wie ja schon oben betont, findet sich eine Norm, die auf eine besondere Staatsaufsicht hindeutet. Denn in keiner Weise mischt sich die Kartellverordnung in die innere Tätigkeit der Kartelle ein, wie z. B. die Aufsichtsbehörde bei privaten Versicherungen und Hypothekenbanken; nicht einmal eine Eintragung in ein besonderes Register ist erforderlich. Wie haltlos die Annahme ist, Kartelle aus ihrer gehobenen sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung heraus oder auf Grund einer amtlichen Veröffentlichung in der Presse irgendeine besondere Stellung zu geben, die sie von allen anderen rein privatrechtlichen Vereinigungen unterscheiden sollte, ergab sich schon aus meinen Ausführungen.

Aus dem Fehlen einer besonderen Staatsaufsicht, aus dem rein privatrechtlichen Charakter der Kartelle kommen wir zu einem Ergebnis, das von weittragender Bedeutung für die zukünftige Handhabung der Kartellaufsicht durch die Behörde sein dürfte. Bei der ohnehin schon so umfassenden Ermächtigung muß

---

[8]) a. a. O. S. 71.

[9]) Vgl. S. 4 dieser Arbeit.

[10]) Schönborn a. a. O. S. 32: „Im engen Zusammenhang m. d. Begr. der staatl. Aufsichtsführung steht weiterhin der der Polizei . . ."; ferner Triepel a. a. O. S. 112.

[11]) Blodig a. a. O. S. 48.

sich eine Kartellaufsicht, die nur Polizeiaufsicht ist, viel engeren Maßstäben unterwerfen[12]), da die Interessenlagerung zwischen Polizei- und Staatsaufsicht eine ganz andere ist. Die Aufsicht über staatliche Organe und öffentlichrechtliche Gebilde oder auch juristische Personen des Privatrechtes stellt eine unmittelbare Interessensphäre zwischen Staat und Aufsichtsobjekt her. Der Staat geht deshalb leitend und positiv gegen das betreffende Aufsichtsobjekt vor. Er überwacht z. B. seinen Zweck, er kann es durch Entziehung der juristischen Persönlichkeit vernichten (§ 43 BGB.), er kann es zur Einhaltung von Formvorschriften anhalten (§ 78 BGB.) und ähnlichen schon erwähnten bald stärkeren, bald schwächeren Befugnissen. Der Staat fühlt sich bei Gesetzwidrigkeiten, bei Gemeinwohlgefährdung, bei ungesetzlicher Änderung ihres Zweckes unmittelbar in seinem Bestande bedroht.

Anders die Polizeiaufsicht. —

Hier tritt in den Vordergrund das Wohl der Gesellschaft, das durch Erhaltung der Ordnung, Ruhe und Sicherheit geschützt werden soll. Dabei darf die Polizei nur innerhalb der ihr zugewiesenen Schranken tätig werden, d. h. insbesondere, sie darf nicht mehr positiv fördernd, leitend tätig werden.

Damit sind wir in der Ablehnung einer besonderen Staatsaufsicht, die die Kartelle in ein noch größeres und unerträglicheres Abhängigkeitsverhältnis zum Staate gebracht hätte, zu der erforderlichen Klarstellung gelangt.

Rudolf Isay hat, wenn er auch in seiner Begründung nicht ausreicht, doch gleich den richtigen Blick gezeigt, welcher Kategorie staatlicher Aufsichtsbetätigung die behördliche Kartellaufsicht einzureihen ist. Kartellaufsicht ist somit gleich Polizei, und zwar Sicherheitspolizei im Sinne von O. Mayer.

VI. Die verwaltungsrechtliche Bedeutung des Ausdruckes „Polizei".

1. Vorgeschichte.

Nachdem wir schon gewisse wesentliche Kriterien als charakteristische Merkmale der Polizeiaufsicht hervorgehoben

[12]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 646 u. Blodig a. a. O. S. 48.

haben, wie die Richtung, die besonderen Maßstäbe ihrer Tätigkeit, so möchte ich im Kommenden kurz streifen, was unter Polizei im verwaltungsrechtlichen Sinne verstanden wird.

Schon das Wort „Polizei" erfüllt einen mit Unbehagen, vielleicht weniger den braven Bürger als den Verwaltungsrechtler, wenn er sich in das Labyrinth der Meinungen gestoßen fühlt, die über diesen Begriff in der Verwaltungsliteratur bestehen.

Nach der verschiedensten Richtung wird versucht, diesen Begriff entweder einzuengen oder auszudehnen. Es würde an dieser Stelle zu weit führen, auf diese mannigfaltigen Ansichten näher einzugehen. Ich möchte es nur insoweit tun, als es für meine Aufgabe erforderlich ist, d. h. um Mißverständnissen vorzubeugen, möchte ich hier klarstellen, welche Ausdehnung dem Ausdruck „Polizei" für die hier vorliegende Kartellaufsicht zu geben ist.

Es dürfte daher erforderlich sein, einmal kurz auf die Entwicklung der polizeilichen Tätigkeit einzugehen und zu untersuchen, was darunter nach der heutigen herrschenden Anschauung zu verstehen ist. Es ist hierfür nicht notwendig, in die früheste Geschichte zurückzugreifen und wie sonst üblich anzuführen, daß das Wort „Polizei" seinen Namen aus dem Griechischen herleitet, sondern es genügt, ganz allgemein zu betonen, daß das, was man als polizeiliche Tätigkeit anzunehmen pflegt, seinem Umfang nach im Laufe der Entwicklung immer mehr eingeengt wurde. Wolzendorff[1]) sagt dazu ganz richtig: Polizei ist kein rechtlicher Begriff, sondern ein staatstheoretischer. Das Wort „Polizei" gibt deshalb immer nur den Namen dafür, was darunter jeweilig in der Verwaltungswissenschaft verstanden wird.

Anschütz sagt[2]): „Die Polizei ist eine Tätigkeit, welche durch ihren Inhalt bestimmt ist, nicht durch ihre Form; Zweck und Inhalt der polizeilichen Tätigkeit waren aber nach der jeweiligen herrschenden Auffassung verschieden." Während früher damit jede staatliche Tätigkeit bezeichnet wurde, schied schon der Polizeistaat Justiz-, Finanzverwaltung und Heerwesen aus. Alle

---

[1]) Der Polizeigedanke des modernen Staates S. 195.
[2]) Polizei S. 12.

übrige Tätigkeit der inneren Verwaltung blieb Polizei; ohne gesetzliche Schranke konnte sie willkürlich sich betätigen, nicht nur schützend und gefahrenabwendend, sondern auch fördernd, helfend, meist in der Absicht der Verwirklichung bestimmter Ziele politischer oder wirtschaftlicher Art.

Die Idee des Rechtsstaates beschränkte die Allgewalt des Staates zwar nicht[3]), sie beschränkte nur die Willkür des Staates durch Verfassung, Zivilrecht und Justiz[4]). Es bleiben dem Staate noch weitere Aufgabenkomplexe übrig, die ihrem Umfange nach wohl noch viel größer sind. Auch hier tritt im Rechtsstaat möglichst statt staatlicher Willkür gesetzliche Regelung. Darüber hinaus bleiben indes noch immer weite Gebiete, die sich entweder jeder gesetzlichen Regelung überhaupt oder wenigstens noch vorläufig entziehen, aber trotzdem in die Interessensphäre des Staates gehören. Hierüber übt der Staat eine Aufsicht aus, die sich für den Rechtsstaat aber auch nur auf den Schutz der Interessen des Gemeinwohls beschränken darf, nicht auf die Verwirklichung bestimmter Ziele, es sei denn nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung[5]).

Dieses Gebiet staatlicher Tätigkeit als Polizei zu bezeichnen, würde ungefähr der heutigen Anschauung im wesentlichen genügen. Aber auch hier bestehen, wie eben bemerkt, noch Abweichungen und Unklarheiten, die zum Teil Nachwirkungen polizeistaatlicher Begriffe sind.

2. Begrenzung auf den Begriff Sicherheitspolizei im Sinne von O. Mayer.

Wenn daher manche[6]) heute noch ganz formal das als Polizei bezeichnet wissen wollen, was ressortmäßig von der Behörde als

[3]) Otto Mayer a. a. O. S. 56: „Es gibt keine Hoheitsrechte mehr, in deren Schranken der Staat dem Einzelnen gegenüber sich bewegte, es gibt nur die allgemeine hoheitlich wirkende Staatsgewalt im Sinne der alten maiestas populi Romani."

[4]) Otto Mayer S. 56: „Seine (des Rechtsstaates) große Errungenschaften sind einerseits die unbedingte Übermacht der Staatsgewalt, anderseits die Unterwerfung eines staatlichen Lebensgebietes unter die Herrschaft von Zivilrecht und Zivilrechtspflege."

[5]) Vgl. OVG. Bd. 9 S. 371 ff.; ebenso OVG. Bd. 15 S. 429.

[6]) Friedrichs a. a. O. S. 3.

solche damit benannt wird, so würde das den Ausdruck Polizei jedes begrifflichen Inhalts berauben und ihn zu einer leeren behördlichen Amtsbezeichnung stempeln. Es wäre die Kartellaufsicht dann deshalb keine Polizei, weil die Verordnung nicht als Polizeigesetz bezeichnet wird, wie z. B. Feld- und Forstpolizeigesetz, und nicht von einer Behörde ausgeübt wird, die sich ausdrücklich als solche bezeichnet, z. B. Wasserpolizeibehörde (§ 342 preuß. Wassergesetz). Wenn wiederum andere[7]) von Polizei sprechen, damit aber außer der Sicherheitspolizei auch Wohlfahrtspolizei oder Verwaltungspolizei hineinziehen, so würde also auch die behördliche Verwaltungstätigkeit, die außer der Abwehr von Gefahren auch positiv fördernd eingreift — nach heutiger rechtsstaatlicher Auffassung allerdings nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung[8]) —, unter den Begriff Polizei zu fassen sein.

Zu obiger Ansicht sagt O. Mayer[9]): „Die einst (nämlich für den Polizeistaat) so wichtige Unterscheidung von Sicherheitspolizei und Wohlfahrtspolizei darf heute der amtlichen Sprache nur noch ihren leeren Namen liefern, um willkürlich abgegrenzte Zuständigkeitskomplexe danach zu trennen." O. Mayer tritt, wie er sagt, für die „Sauberhaltung" des Begriffes der Polizeigewalt ein; das „verschlissene Wort Polizei" möge dabei weiter „rollen" und seinen Namen auch für eine andere behördliche Tätigkeit leihen — Verwaltungspolizei. Kurz nach der Ansicht von O. Mayer ist Polizei im rechtsstaatlichen Sinne nur mehr das, was als Sicherheitspolizei im Polizeistaat aufgefaßt wird.

O. Mayer faßt somit die Begriffsbestimmung der Polizei sehr eng. Im wesentlichen beschränkend auf das Gebiet von § 10, II, 17 ALR. Die übrige herrschende Literatur umfaßt das Gebiet der Polizei weiter[10]). Es gehört nicht zu meiner Aufgabe,

[7]) Rosin, VerwArch. Bd. 3 S. 249 ff. und Bornhak a. a. O. S. 142 sprechen ausdrücklich von Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei. Die moderne Literatur Friedrichs a. a. O. S. 8, auch Drews a. a. O. S. 100 ff. gebrauchen den weniger polizeistaatlichen Ausdruck Verwaltungspolizei und mit ihnen fast die gesamte Literatur außer O. Mayer.

[8]) OVG. Bd. 9 S. 353 ff.

[9]) S. 212.

[10]) Vgl. Thoma a. a. O. S. 41/42.

hier zu entscheiden, was bei der Gegenüberstellung dieser Auffassung im heutigen verwaltungsrechtlichen Sinne als Polizei allein bezeichnet werden darf. Ich möchte gerade hier wieder auf Rud. Isay zurückkommen, der, wie dargelegt, die in der Kartellverordnung enthaltenen Ermächtigungen (§§ 4, 9 und 10) mit § 10, II, 17 in Vergleich zu bringen sucht. Wir haben zwar festgestellt, daß diese äußere Gegenüberstellung zur Begründung der Behauptung, hier handele es sich um Polizeiaufsicht, nicht ausreiche, kommen aber im Resultat wieder auf ihn zurück.

Jetzt gewinnt eine Vergleichsstellung zwischen § 10, II, 17 und § 4 der KartVO. Hand und Fuß, da wir es nunmehr bei beiden Ermächtigungsklauseln mit Polizeiaufsicht zu tun haben. Es kommt im folgenden nur mehr darauf an, zu prüfen, ob, wie R. Isay behauptet, diese beiden polizeilichen Ermächtigungen ihrem begrifflichen Inhalte nach sich noch weiter decken, so daß wir zu dem Resultate kämen, Kartellpolizei nicht mehr gleich Polizei im weiteren Sinne, sondern gleich Sicherheitspolizei im engeren Sinne von O. Mayer. Damit wäre zugleich ein m. E. unnötiges Abschweifen vermieden; denn kommen wir zu dem Ergebnis: Kartellpolizei = Polizei im Sinne von § 10, II, 17 ALR. bzw. im Sinne von O. Mayer, dann dürfte es sich für uns erübrigen, zu prüfen, ob der Begriff der Polizei, wie nach herrschender Meinung angenommen wird, einer weiteren Ausdehnung bedarf. — Um deshalb keine Unklarheiten aufkommen zu lassen, möchte ich nunmehr das als Polizei bezeichnen, was der Ausdruck im Sinne von O. Mayer bedeutet, nämlich Polizei = Sicherheitspolizei[11]).

3. Kartellaufsicht nach Ansicht Isays.

R. Isay geht, wie oben bemerkt, noch weiter. Seine Darlegungen beschränken sich nicht nur auf eine Gegenüberstellung von § 10, II, 17 und etwa § 4 Abs. 1 Satz 1 der KartVO., sondern nach seiner Ansicht decken sich die beiden Klauseln auch in ihrem

---

[11]) Auch der Begriff der Sicherheitspolizei wird in der herrschenden Literatur meist anders aufgefaßt, wie O. Mayer ihn gebraucht. Thoma a. a. O. S. 30 versteht darunter nur die Abwehrtätigkeit der Polizei gegen verbrecherische Angriffe.

Tatbestand; jedenfalls muß das aus seinen Worten entnommen werden[12]). Er hebt hervor[13]): „Auch die Vorschriften der VO. ermächtigen die zuständigen Behörden, die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung (Gemeinwohl) und zur Abwendung der dem Publico (Gesamtwirtschaft) oder einzelnen Mitgliedern desselben von seiten wirtschaftlicher Machtkörper drohenden Gefahren zu treffen.“[13]) — Aus dieser seiner Ansicht zieht Isay auch die weitgehendsten Folgerungen. Da es sich nach seiner Ansicht um dieselbe polizeiliche Ermächtigung wie in § 10, II, 17 des Allgemeinen Landrechts handelt, sucht er, anknüpfend an die bewährte Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes, wie sie vor allem in den berühmten Entscheidungen Bd. 9 S. 353 ff. (Kreuzberg-Denkmal) und Bd. 15 S. 429 (Post) für die ganze Entwicklung des Polizeibegriffs, d. h. für seine inhaltliche Umgrenzung, von grundlegender Bedeutung geworden sind, auch die Kartellpolizei dem Inhalt ihrer Tätigkeit nach auf dieselben Grundsätze zu binden, so z. B. Beschränkung der Kartellaufsicht auf rein polizeiliche Gesichtspunkte, wie „Gefahrenabwehr“, „Verhältnismäßigkeit des Polizeieingriffs“, „Größe der bevorstehenden Gefahr“ usw. Es würde nur eine Wiederholung Isays eingehender Ausführungen wie überhaupt in der Verwaltungswissenschaft bekannter Grundsätze über die Grenzen der Polizeigewalt bedeuten, wenn ich hier näher darauf einging. Ich verweise deshalb auf seine Ausführungen in seinem Kommentar[14]).

Breslauer und Tschierschky in ihrem „System“[15]) betonen, daß „dieses Polizeisystem[16]), in welchem Isay mit viel

---

[12]) Komm. I. u. T. S. 100 und Isay, Zur Syst. d. Kartellr. 3, 26; in GruchBeitr. a. a. O.

[13]) Vgl. Komm. I. u. T. S. 161: „Wenn die Kartellpolizei das ‚Gemeinwohl‘ schützen soll, so ist ihr der Schutz der ‚guten Ordnung des Gemeinwesens‘ übertragen, und zwar gegen Gefahren, die dieser von Kartellen drohen. Da die Kartelle sich ausschließlich auf wirtschaftlichem Gebiete betätigen, kann es sich nur um Störungen der Wirtschaftsordnung handeln.“

[14]) Komm. I. u. T. S. 105 ff. und S. 159 ff.

[15]) Breslauer-Tschierschky, System S. 40.

[16]) Ich möchte hier zur Klarstellung vorausschicken: Isays Ausführungen beschränken sich nicht auf die Aufsichtstätigkeit des Reichswirtschaftsministers gemäß § 4; sie dehnen sich vielmehr auch auf die übrigen Aufsichts-

Kunst und Geist die Vorschriften der Kartellverordnung unterzubringen sucht, auf eine eingehende Würdigung in der verwaltungsrechtlichen Literatur Anspruch erheben darf". Daher möchte ich in meinen folgenden Ausführungen zur Lösung meiner Aufgabe: „Ist die Aufsicht des Reichswirtschaftsministers in § 4 der Kartellverordnung Sicherheitspolizei?" zu dem von Isay in der Literatur ja zuerst aufgestellten Satz Stellung nehmen.

Eine Anerkennung der von Isay vertretenen Ansicht, besonders was die Aufstellung von Polizeigrundsätzen gemäß der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes anbelangt, würde dieses Problem in ein ganz anderes Licht stellen; anknüpfend an eine bewährte Tradition würde für die Kartellaufsichtsbehörde eine feste Basis geschaffen, auf der sie nach bekannten Richtlinien ihre verantwortungsvolle Tätigkeit beginnen könnte.

Daß es sich hier um Sicherheitspolizei handelt, versucht Isay aus dem Vergleich von § 10, II, 17 ALR. mit § 4 Abs. 1 Satz 1 der

---

paragraphen 7, 9 und 10 aus. So bezeichnet er das Urteil des KartGer. gem. § 4 Nr. 1 als Polizeiverbot, das Verbot einer Sperre gem. § 9 als Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt usw. Daher sprechen Breslauer und Tschierschky von einem „Polizeisystem", welches Isay mit der Durchordnung dieser Aufsichtsbestimmungen geschaffen hat. Breslauer und Tschierschky lehnen es ab, auch die Aufsichtstätigkeit des Kartellgerichts § 4 Nr. 1 wie ferner die seines Vorsitzenden gem. § 9 als Polizeiverbote zu bezeichnen. Es heißt dort in derselben Beilage (KartRdsch. Jahrg. 25 Heft 8 S. 40): „Nach der obigen Wiedergabe der polizeilichen Mittel, deren sich der Staat zur Bekämpfung des Mißbrauches der Kartellgewalt bedient, kann es scheinen, als ob Isay annimmt, daß das Kartellgericht auf die §§ 4 u. 10 polizeiliche Verbote erläßt oder daß der Vorsitzende des Kartellgerichts nach § 9 als Polizeiorgan tätig wird ..." „Eine Polizeimaßnahme kann nur von einer Polizeibehörde, eine richterliche Maßnahme nur von einer richterlichen Behörde ausgehen (vgl. polizeiliche Strafverfügung, amtsrichterlicher Strafbefehl), so ist auch die Befugnis, ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht zu gewähren, sowohl dem Reichswirtschaftsminister nach § 4 Ziff. 2 wie auch dem KartGer. nach § 7, I, 2 eingeräumt. Es kann daher irreführen, wenn Isay z. B. die Entscheidung des KartGer. aus § 10 als ein Polizeiverbot kennzeichnet (S. 349). Gerade um diese evtl. Irreführung und ein Mißverständnis zu vermeiden, durch den Streit nicht von der Hauptaufgabe abzulenken, beschränke ich meine Ausführungen nur auf die Frage, ob die behördliche Aufsichtsmaßnahme gegen die Kartelle Sicherheitspolizei ist. Diese Frage scheint mir bei dem Mangel jeden Rechtsschutzes in § 4 Ziff. 2 u. 3 der VO. besonders wichtig.

Verordnung (oder ganz allgemein mit der in der Verordnung gegebenen, in allen Paragraphen gleichbleibenden Ermächtigungsklausel) zu beweisen. Diese Folgerung ist ohne weiteres richtig, wenn die Klausel des § 4 Abs. 1 Satz 1 in ihrem Begriffsinhalt mit § 10, II, 17 zusammenfällt, da § 10, II, 17 durch die ständige Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts[17]), was den Inhalt polizeilicher Tätigkeit anbetrifft, allein als begriffliche Umgrenzung aller Sicherheitspolizei anzusehen ist.

Die Fragestellung für die kommenden Darlegungen ist nunmehr klar. Sie lautet kurz: Ist § 10, II, 17 = § 4 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung?

VII. Weitere Stellungnahme zur Ansicht Isays.

1. Das Fehlen eines „Reichspolizeibegriffes".

Formal könnte man gegen Isay schon von vornherein einwenden, daß er die rein preußische Polizeiermächtigung nicht mit Reichspolizei in Verbindung bringen darf. Formell also landesrechtliche Vorschriften, wie es der § 10, II, 17 ALR. doch nur für Preußen ist, hier gar nicht in Frage kommen, da eine etwa vorhandene Polizei hier Reichspolizei ist.

Das führt uns auf den Gedanken, vorerst zu fragen, ob sich für das Reich nicht ein besonderer Polizeibegriff herausgebildet hat, der sich vielleicht von dem preußischen in § 10, II, 17 ALR. unterschiede.

Diese Frage muß verneint werden, da es hieran an jeder Möglichkeit fehlt. Was die alte Reichsverfassung anbelangt, so war die Aufsicht des Reiches nur eine mittelbare, d. h. eine allgemeine Oberaufsicht über die Einhaltung und Ausführung der Reichsgesetze. Allerdings setzte schon damals die ganze Bewegung in der Reichsgesetzgebung sich darin fort, auf Grund des Art. 4 a. RV. durch Reichsgesetze eigene Verwaltungsstellen zu schaffen und so eine unmittelbare Untertanenaufsicht wenigstens auf den in Art. 4 a. RV. vorgesehenen Gebieten auszugestalten[1]). — Ich verweise hier nur auf die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Bank-

[17]) OVG. Bd. 9 S. 353, Bd. 15 S. 429.

[1]) Triepel, Die Reichsaufsicht S. 258 ff.

wesens (Hypothekenbankgesetz, ferner Gesetz betr. die privaten Versicherungsunternehmungen — Reichsaufsichtsamt für Privatversicherungen —).

Daß diese Gesetzgebung keine allgemeine Ermächtigung für eine Polizeiaufsicht schuf, sondern nur Staatsaufsicht (§ 64 Gesetz über die Privatversicherungsunternehmen, § 3 Hypothekenbankgesetz), legte ich vorhin schon dar.

Reichsrechtlich wurden im Laufe der Entwicklung vor allem das Gewerberecht und noch die verschiedensten anderen Gebiete. Wenn man heute schon von einem reichsrechtlich geregelten Gewerbepolizeirecht, Baupolizeirecht, Vereinspolizeirecht spricht, so ist diese Ausdrucksweise für uns nur irreführend[2]). Es handelt sich dabei nicht mehr ausschließlich um Polizei im heutigen verwaltungswissenschaftlichen Sinn. Der Ausdruck bedeutet meist gleich Verwaltung[3]).

Die reichsrechtliche Regelung hatte vielmehr die gegenteilige Wirkung. Sie ließ keine neuen polizeilichen Aufsichtsgebiete entstehen, sondern engte diese durch positive Gesetzesbestimmungen ein. Wo tatsächlich polizeiliche Ermächtigungen reichsrechtlich geschaffen wurden, z. B. § 51 GewO., § 2 Vereinsgesetz, ist ihre Handhabung den Landesbehörden überlassen worden, so daß also auch hier eine Entwicklung reichspolizeilicher Tätigkeit ausgeschlossen wurde. — An diesem Rechtszustand ist durch die neue Reichsverfassung wenig geändert worden. Wenn Hirsch und Falk in „Polizei und Wirtschaft" S. 59 behaupteten: „Rechtsgrundlage aller polizeilichen Eingriffe in die deutsche Wirtschaft ist zunächst die Reichsverfassung in den Artikeln 152—154, 156—164", so ist es vielleicht richtiger, dem zuzustimmen, was Karl Friedrichs hervorhebt[4]): „Die Verfassungsgrundrechte in der preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850 (Art. 3—14) von den Rechten des Preußen waren keine unmittelbaren Schranken

---

[2]) Vgl. meine Ausführungen S. 11/12 der Arbeit.

[3]) Seydel, Komm. zur Verfassungsurkunde des Deutschen Reiches von 1893 S. 109: „Wenn in Ziff. 15 von Medizinal- und Veterinärspolizei die Rede ist, so ist das Wort Polizei nicht so zu verstehen, als ob nur Polizei im heutigen wissenschaftlichen Sinne des Wortes gemeint ist. Vielmehr ist es Polizei in der älteren Bedeutung des Ausdrucks, als ob gleich Verwaltung aufzufassen."

[4]) Siehe Grundzüge des Polizeirechts S. 45.

des polizeilichen Eingreifens, und dasselbe gilt auch von der Reichsverfassung vom 18. August 1919 (Art. 109—165), Grundrechte und Grundpflichten des Deutschen. Beide enthielten nur und enthalten Rechtssätze, aber in untrennbarer Verbindung mit den sogenannten Selbstgesprächen des Gesetzgebers Richtlinien für die zukünftige Gesetzgebung."[5])

Wir sehen, daß sich irgendwelche polizeilichen Grundsätze reichsrechtlich nicht bilden konnten, da es für die Reichsgewalt überhaupt an polizeilichen Schutzgütern (die Aufrechterhaltung der Ruhe, Ordnung und Sicherheit und der Schutz des Gemeinwohls waren den Ländern vorbehalten)[6]) wie auch an einer Ermächtigung, wie auch an einer Judikatur oder sonstigen Möglichkeit fehlte.

Schon Bismarck betonte, daß Wirtschaftspolitik nicht mehr Landes-, sondern nur Reichsangelegenheit sein dürfte, entwickelte sich doch die Wirtschaft ganz unabhängig von den Landesgrenzen als deutsche Wirtschaft, um auch schon an den Reichsgrenzen nicht mehr haltzumachen, so hat durch den Krieg mit dem damit verbundenen Abschluß Deutschlands von der Weltwirtschaft diese Tatsache sich uns allen am deutlichsten fühlbar gemacht. Andererseits sind auch Wirtschaftsfragen nie so in den Vordergrund gerückt worden als gerade in dieser Zeit, niemals ist uns ihre Wichtigkeit so klar geworden, als durch den am eigenen Leibe verspürten Mangel an Lebensmitteln, Kleidern usw., was gab es nicht, was nicht an Notwendigem damals fehlte!

Und wenn auch heute die fühlbarste Not an Tagtäglichem nicht mehr besteht, so ruht doch unser ganzes Leben und Gedeihen auf den Schultern der gesamten deutschen Wirtschaft, die noch immer nicht ihre Vorkriegshöhe erreicht hat. Nicht Preußen, nicht Bayern hat den Krieg verloren, sondern ganz Deutschland, und die Lasten hat nicht eine preußische oder sächsische Industrie zu tragen, sondern die ganze deutsche Wirtschaft.

Aus diesen Tatsachen allein erhellt, daß die großen Wirtschaftsfragen nur mehr Reichsfragen sein können, daß das Reich

---

[5]) Dazu ist zu bemerken, daß die Rechtsgrundsätze der Reichsverfassung auch rechtlich nichts wesentlich Neues bringen.

[6]) Art. 48 neue Reichsverfassung kommt für unseren Fall wohl praktisch nicht in Frage.

sich nicht mehr mit einer allgemeinen Gesetzgebungsbefugnis gemäß Art. 7 n. RV. begnügen kann[7]), sondern sich auch, wo eine spezielle gesetzliche Regelung nicht möglich oder noch nicht durchführbar ist, wie es z. B. gerade auf dem Gebiete des Kartellwesens sich gezeigt hat, es auch den früher nur den Landesbehörden vorbehaltenen Schutz des Gemeinwohls[8]) übernehmen muß, wozu noch der Begriff der Gesamtwirtschaft bezeichnenderweise hinzukommt.

Wenn § 15 KartVO. auch den Landesbehörden ein Mitwirkungsrecht bei der Beaufsichtigung der Kartelle zugelassen hat, so hat die Praxis gezeigt, daß eine solche Mitwirkung nur in ganz beschränktem Maße möglich ist. Es sind Versuche des Reichswirtschaftsministeriums zwecks Entlastung seiner eigenen Tätigkeit, Landesbehörden zur Überwachung und Auskunftserteilung heranzuziehen, meist daran gescheitert, daß es letzteren unmöglich war, die Tätigkeit eines Kartells, die sich in sehr häufigen Fällen über ihre eigenen Landesgrenzen erstreckt, zu überblicken.

Die Tatsachen selbst haben unabhängig von Gesetz und Verfassung das Reich zu einer Aufgabe gedrängt, die es bisher nicht kannte, nämlich anstatt durch gesetzliche Regelung und Herbeiführung einer besonderen Staatsaufsicht das bisherige Gebiet der Polizei einzuschränken, hier selber sicherheitspolizeiliche Befugnisse in die Hand zu nehmen.

Aus der ganzen Natur und Neuheit dieser Tatsache ist es erst zu verstehen, daß R. Isay diese neue Ermächtigungsklausel, die der Kartellaufsicht einen sicherheitspolizeilichen Charakter gibt, mit der allgemein bekannten des § 10, II, 17 ALR. in Vergleich zieht und damit den sicherheitspolizeilichen Charakter dieser Aufsicht zu beweisen sucht.

2. Die einzelstaatliche Polizei und die überragende Bedeutung von 10, II, 17.

Nachdem sich aus den vorhergehenden Ausführungen herausgestellt hat, daß die Polizeitätigkeit bis auf die jüngste Zeit einzelstaatlich war, so wäre jetzt noch zu prüfen, ob es von Isay nicht doch zu eng gefaßt ist, sich nunmehr einfach auf das preußische

---

[7]) Siehe Art. 15 RV.
[8]) Ich verweise auf § 51 GewO.

Polizeirecht zu beschränken, wo es sich hier um Reichspolizei handelt. Ob nicht für polizeiliche Gesichtspunkte bayrisches, württembergisches und sächsisches Polizeirecht ebenso dieser Berücksichtigung bedarf.

Diesen Einwurf ganz gelten zu lassen, hieße die Bedeutung, die § 10, II, 17 für ganz Deutschland gewonnen hat, verkennen. Die Geltung, die § 10, II, 17 formalrechtlich hat, tritt ganz in den Hintergrund. Seine formelle Geltung für Preußen als Gesetz wird z. B. von Rosin[9]) bestritten. Er stützt seine Beweisführung auf das von 1792 bis 1804 geltende Ressortreglement und die Verordnung vom 26. Dezember 1908, das den Polizeibegriff über § 10, II, 17 hinaus ausdehnt, d. h. der Landesbehörde ihre Sorge für das Gemeinwohl nicht mehr negativ beschränkt, sondern auch auf positive Wohlfahrtspflege im polizeistaatlichen Sinne ausdehnt. Hiermit sei die Geltung von §10, II, 17 tatsächlich endgültig außer Kraft gesetzt.

Das preußische Oberverwaltungsgericht tritt dieser Meinung in der berühmten Entscheidung im 9. Bd. S. 353 ff. entgegen, die an dem § 10, II, 17 als geltende Norm für den heutigen Polizeibegriff kraft ständiger Rechtsprechung festhält[10]). Der Hauptstreit erstreckt sich auf die Ausdehnung des Polizeibegriffs, die Rosin kraft geschichtlicher Entwicklung als über den § 10, II, 17 hinausgehend ansieht. Welche der beiderseitigen Beweisführung die durchschlagendere ist, darüber kann ich mich eines Urteils enthalten; denn selbst Rosin erkennt in derselben Abhandlung entgegen seiner persönlichen Auffassung an[11]), daß „bei der fortschreitenden Rezeption es als ein in der Judikatur und Literatur herrschender Satz bezeichnet werden muß, daß es, wie Bornhak sich ausdrückt: „über die Grenzen des § 10, II, 17 ALR. hinaus weder ein Polizeiverfügungsrecht noch auch ein Polizeiverordnungsrecht geben kann". Ferner sagt Friedrichs[12]): „Der § 10,

[9]) a. a. O. S. 329: „Vielmehr kann man sich nicht darüber täuschen, daß § 10, II, 17 in seinem eigenen Sinn als Grenze der polizeilichen Verfügungsgewalt für den Umfang der Landespolizei wirklich beseitigt werden sollte und auch wirklich ist."

[10]) Ebenso siehe OVG. Bd. 39 S. 280, darin angeführt gegen Rosins Ansicht bei Reger, Entsch. II. Ergänzungsbd. 1901 S. 187.

[11]) Rosin a. a. O. S. 249.

[12]) a. a. O. S. 12.

II, 17 ist in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht angewandt worden; erst das OVG. hat ihn wieder zu Ehren gebracht. Das OVG. entschied nicht so, weil der § 10 es bestimmte, sondern es wandte den § 10 an, weil er das ausdrückte, was nach der Meinung des Oberverwaltungsgerichtes rechtens war ..." „Aber die feste Übung der Verwaltungsbehörden, die durch feste Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte gebilligt wird, ist ein Ausdruck des geltenden Rechtes."[13])

Damit kommen wir auf das, worauf es hier eigentlich ankommt. Der Beweis, ob formal § 10, II, 17 heute noch Geltung hat, ist dafür ohne Belang. § 10, II, 17 wäre formal z. B. auch in ganzen Teilen Preußens, die erst nach 1808 zu Preußen kamen, vielleicht außer Kraft. Trotz verschiedener Begründung (kraft Gewohnheitsrechtes) sagt Drews[14]): „Es herrscht Übereinstimmung darüber, daß der § 10, II, 17 ALR. jetzt im ganzen Saargebiet geltendes Recht ist." Wenn also kraft Gerichtsgebrauches der § 10, II, 17 ganz allgemein für Preußen sich Geltung verschafft hat, geht seine eigentliche grundlegende Bedeutung noch viel weiter. Sie liegt weniger auf rechtlichem als auf staatstheoretischem Gebiet.

§ 10, II, 17 ist eine staatstheoretische Definition des Polizeibegriffes. In dieser seiner Eigenschaft hat er nicht nur für Preußen, sondern für ganz Deutschland sich Geltung verschafft und Anerkennung gefunden[15]). So fehlt es Bayern und Sachsen an einer weitgehenden polizeilichen Ermächtigungsklausel, wie § 6 preuß. Polizeiverwaltungsgesetz von 1850; das Bayer. Polizeistrafgesetzbuch vom 28. Dez. 1871 Art. 16 und 12 Abs. 1 geben viel engere Ermächtigungen, über welche die Praxis denn auch hinausstrebt[16]). In den süddeutschen Staaten geht die Tendenz

[13]) Im gleichen Sinne Fleiner a. a. O. S. 128; Schultzenstein a. a. O. S. 548.

[14]) Drews, Polizeirecht S. 5.

[15]) Siehe Fleiner a. a. O. S. 361. „Diese Auffassung (§ 10, II, 17) ist in der Folge in ganz Deutschland zur Herrschaft gelangt. Die Gesetzgebung hat sie aufgenommen, und dort, wo es an gesetzlichen Vorschriften fehlt, z. B. im Königreich Sachsen, ist sie vom Gewohnheitsrecht zur Geltung gebracht worden. Sie bildet heute überall die Grundlage des Polizeirechts." Ein Blick auf die Judikatur der Länder bestätigt diese Auffassung. Ferner Anschütz, Polizei S. 7 ff.; Wolzendorff a. a. O. S. 88 und S. 153, 154.

[16]) Otto Mayer S. 217.

dahin, die polizeilichen Tatbestände zu kodifizieren. Daraus ergibt sich natürlich eine Verengung der polizeilichen Tätigkeit. Das badische Polizeistrafgesetzbuch vom 31. Oktober 1863 stimmt sachlich mit dem § 10, II, 17 überein, Beseitigung von Rechts- und ordnungswidrigen Zuständen und Hinderung, deren Entstehung und Fortsetzung [17]).

Über den württembergischen Polizeibegriff ist vor allem auf die eingehende Abhandlung von Jungel zu verweisen. Das württembergische Polizeistrafgesetzbuch vom 27. Dezember 1871 bringt keine Definition des Polizeibegriffes, enthält aber ebenfalls nur Abwehr- und Sicherheitsmaßnahmen. Wenn Jungel den Polizeibegriff des württembergischen Rechtes [18]) „als diejenige Tätigkeit der inneren Verwaltung definiert, welche die Abwehr von Gefahren für öffentliche Wohlfahrt und das des Einzelnen zum Inhalt hat", so fällt diese Definition in dem Gedanken der nur auf Abwehr zu beschränkenden Tätigkeit der Polizei auch mit § 10, II, 17 ALR. inhaltlich zusammen.

Der eine Hauptgedanke wenigstens, der sich durch die allgemein vollzogene Entwicklung vom Polizeistaat zum Rechtsstaat in Deutschland überall durchgesetzt hat, Polizei nicht mehr Wohlfahrtspflege (Wohlfahrts- oder Verwaltungspolizei), sondern nur Abwehrtätigkeit (Sicherheitspolizei), findet sich in dem Polizeibegriff und der Judikatur der Verwaltungsgerichte aller deutschen Einzelstaaten wieder. Insoweit hat § 10, II, 17 und mit ihm die vorbildliche Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes überall anerkannte überragende Bedeutung gewonnen und praktisch die gesamte einzelstaatliche Judikatur entscheidend beeinflußt [19]).

Im Hinblick hierauf wird auch Isay es nicht als abwegig betrachtet haben, den § 10, II, 17 als Maßstab seiner polizeirechtlichen Ausführungen zur Kartellverordnung zugleich mit der als herrschenden Lehre zu betrachtenden Definition des Polizeibegriffs von O. Mayer anzusehen. Insoweit liegen m. E. auch keine formalen Bedenken im Wege, zum Beweis des sicherheitspolizei-

[17]) Über den sächsischen Polizeibegriff verweise ich auf Fischers Ztschr. a. a. O.

[18]) Der Begriff der Polizei im württembergischen Recht S. 99.

[19]) Jungel a. a. O. S. 10.

lichen Charakters der Kartellaufsicht wie vor allem zur Hervorhebung des Abwehrgedankens § 10, II, 17 zum Vergleich heranzuziehen und daran anknüpfend sicherheitspolizeiliche Grundsätze gemäß der Judikatur des preußischen Oberverwaltungsgerichtes zur Anwendung zu bringen [20]).

3. Die Gleichheit und Verschiedenheit der polizeilichen Schutzgüter in den Einzelstaaten.

Anders verhält es sich aber mit dem durch die Polizei zu schützenden Gut (Polizeigut), das in § 10, II, 17 sich im Schutz des Publikums oder des Einzelnen, wie der Ruhe, Ordnung und Sicherheit erschöpft. Jede Bedenken, die preußischen Bestimmungen des § 10, II, 17 zu dem für Deutschland allgemein herrschenden Polizeibegriff zu stempeln, würden fallen, wenn auch das zu schützende Polizeigut seinem begrifflichen Umfang nach in allen deutschen Einzelstaaten ebenfalls gleich wäre.

Wie wir eben auf S. 25 feststellten, ist das zu schützende Polizeigut seinem Umfange nach in fast allen Staaten noch enger begrenzt als in § 10, II, 17. Trotzdem lehnt es Jungel [21]) ab, den preußischen Polizeibegriff als den „deutschen" Polizeibegriff schlechthin zu stempeln, da, wie z. B. auch im württembergischen Recht, der Polizeibegriff der einzelnen Länder zu unklar, bald weiter, bald enger gefaßt würde.

4. Die begriffliche Verschiedenheit der polizeilichen Schutzgüter in § 4 Abs. 1 Satz 1 der KartVO. und § 10, II, 17 ALR.

Die Ansicht von Jungel hat eine gewisse Berechtigung, besonders in Bezugnahme auf das Objekt polizeilicher Aufsicht im württembergischen Recht, das auch oder sogar vorwiegend das öffentliche Wohl unter seinen Schutz stellt, im Gegensatz zur preußischen Bestimmung des § 10, II, 17 ALR., das diesen Begriff als Schutzobjekt nicht anführt. Das dürfte von Interesse für meine kommenden Ausführungen sein, nämlich

---

[20]) Isay, Komm. I. u. T. S. 102 ff., S. 160.
[21]) a. a. O. S. 10.

für die Frage, ob nicht begrifflich „öffentliches Wohl" (Gemeinwohl) von § 10, II, 17 mit umfaßt wird — oder auf die Behauptung von Isay zurückkommend, ob die Klausel in § 4 Abs. 1 Satz 1 begrifflich sich deckend mit § 10, II, 17 zusammenfällt, d. h. bedeutet: öffentliche Ordnung = Gemeinwohl, Publikum = Gesamtwirtschaft?

Die Bejahung dieser Frage würde bedeuten: § 4 Abs. 1 Satz 1 stellt weiter keine besondere polizeiliche Ermächtigung dar, die das bisherige Gebiet der Polizei über § 10, II, 17 hinaus erweitere, sondern bedeutet hier nur Übertragung schon bestehender polizeilicher Befugnisse auf eine besondere Behörde, hier der Reichswirtschaftsminister, nur verbunden mit der besonderen Ermächtigung, bisher nicht vorgesehene Maßnahmen (§ 4 Ziff. 1, 2 und 3) treffen zu können.

Es würde dann an Stelle der Ermächtigung in § 4 Abs. 1 Satz 1 ebensogut die Ermächtigung in § 10, II, 17 ihrem begrifflichem Umfang nach genügen.

Eine Untersuchung des Isayschen Standpunktes liegt bisher in der Literatur nicht vor, bis auf Dr. H. Schaeffer (Ministerialdirektor) und Dr. Lucas (Vorsitzender des Kartellgerichts), die diese Frage streifen. Schaeffer[22]) meint, daß die Kartellverordnung sich nicht allein auf Sicherheitspolizei zu beschränken brauche, da auch im Rechtsstaate der Polizei auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung noch Befugnisse offen stehen, die das Gebiet der Sicherheitspolizei überschreiten. Er läßt allerdings die Frage selbst unbeantwortet, ob eben in der Kartellverordnung eine solche besondere Ermächtigung zu finden sei. Lucas[23]) drückt sich noch unklarer aus: „Sind die in der Verordnung geforderten Voraussetzungen gegeben, so tritt die vorgesehene Ermächtigung in Kraft, und die auf Grund dieser Ermächtigung vorgenommenen polizeilichen Eingriffe sind, sofern und soweit sie sich innerhalb der Grenzen der Ermächtigung halten, zulässig und wirksam" — diesen Worten ist natürlich zuzustimmen. Der Verfasser fährt aber fort: „Ohne daß es darauf

---

[22]) In JW. 1925 S. 1245.

[23]) Begleitwort zum Komm. von I. u. T. in GruchBeitr. n. F. 68. Jahrg. S. 94.

ankommt, ob etwa an sich der Begriff der Polizei dem Eingriff der Behörden engere Schranken ziehen würde. Nur mit diesem Vorbehalt können daher die von Isay aufgestellten Richtlinien für die Ausübung der Kartellpolizei Anspruch auf Beachtung erheben." Es dürfte nicht ersichtlich sein, was der Verfasser mit diesen letzten Worten sagen will[24]).

Beide Ansichten gehen m. E. zu weit. Weder liegt in der Kartellverordnung eine besondere Ermächtigung vor, die über den Begriff der Sicherheitspolizei[25]) hinausgeht, noch kann, wie Isay glaubt, auch das Objekt des Schutzes „Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft" in den Begriff der „guten Ordnung" und den des „Publikum" einbezogen werden. Diese begriffliche Übereinstimmung, der Isay keine weitere Begründung gibt, läßt sich m. E. nicht halten. Sie bedeutet eine unhaltbare Pressung der Begriffe.

Die Beweisführung ist bei so abstrakten Begriffen, wie sie „öffentliche Ordnung" einerseits, „Gemeinwohl" andererseits darstellen, nicht sehr einfach. Mit Hilfe geschickter Folgerungen lassen sich oft verschiedene Begriffe in Übereinstimmung bringen, wenn sie, wie diese beiden, in einer gewissen Beziehung zueinander stehen. So folgert Isay[26]): „Wenn die Kartellpolizei das ‚Gemeinwohl' schützen soll, so ist ihr der Schutz der ‚guten Ordnung des Gemeinwesens' übertragen ..." Der Satz erscheint uns auf den ersten Blick ohne weiteres einleuchtend. So kann man ganz richtig sagen: Die gute Ordnung des Gemeinwesens ist bedingt durch das Gemeinwohl, oder vielmehr, wie es hier der Fall ist, umgekehrt: Das Gemeinwohl ist bedingt durch die gute Ordnung innerhalb des Gemeinwesens; wird dieses gestört, z. B. durch einen Kartellbeschluß oder Kartellvertrag, der ungebührliche Preise für die notwendigsten Lebensmittel festsetzt, so können dadurch solche Unzuträglichkeiten entstehen — wie Beunruhigung

---

[24]) M. E. kommt es hier darauf an, festzustellen: Handelt es sich in der KartVO. um Polizei im heutigen verwaltungswissenschaftlichen Sinne oder nicht. Bejaht man diese Frage, so ist erforderlich, der Kartellbehörde als Polizei diese Schranken aufzuerlegen oder, falls man dies nicht tut, auch nicht mehr den unklaren Ausdruck zu gebrauchen.

[25]) Siehe Schäffer a. a. O.

[26]) Komm. I. u. T. S. 161.

weiter Kreise der Bevölkerung —, daß die Polizei das Entstehen von Lebensmittelkrawallen, Lohnstreiks, Demonstrationen usw. befürchten müsse. In diesem Falle wäre ein Zusammenfallen der Gefährdung des Gemeinwohls mit der guten Ordnung des Gemeinwesens fraglos anzunehmen. Das Zusammenfallen ist aber nur ein äußeres. Es bezieht sich nur auf den äußeren Tatbestand. Der Begriff des Gemeinwohls ist ein weiterer. Das geht aus dem eben absichtlich weitgehend gewählten Beispiel hervor. Man könnte richtiger sagen: Die Störung der guten Ordnung ist erst eine gesteigerte Gefährdung des Gemeinwohls. Es könnte durch ungerechtfertigt hohe Preise vielleicht eine allgemeine Senkung der Lebenshaltung weiter Kreise, Beamten, Angestellten usw., herbeigeführt werden, wobei man ebensogut noch von einem vollständig geordneten Gemeinwesen sprechen kann. Denn schließlich sind die ganzen heutigen Umstände: verlorener Krieg, Arbeitslosigkeit usw. gemeinwohlgefährdend, wobei man doch wenigstens heute wieder von einer guten Ordnung innerhalb des Gemeinwesens sprechen kann. Aber es ist ja müßig, sich über diesen Gegenstand weiter zu streiten. Er würde uns dem Rechtsgebiet ganz entführen. Beide Begriffe sind nicht juristisch faßbar, ebensowenig wie die des Bürgerlichen Gesetzbuches von „Treu und Glauben" mit Rücksicht auf „Verkehrssitte". Hier hat allein das Ermessen des Richters zu entscheiden[27]). Trotzdem haben sich auch der Richter oder die Polizei bei ihren Entscheidungen an die durch Judikatur oder Literatur in etwa festgelegte herrschende objektive Anschauung zu halten.

Wenn wir auf die Entstehung des § 10, II, 17 und die vorhergehende Judikatur zurückgreifen, ob diese unter § 10, II, 17 auch den Schutz des Gemeinwohls fallen läßt, scheint mir auch aus diesem Gesichtspunkte die Behauptung Isays, öffentliche Ordnung = Gemeinwohl, nicht gerechtfertigt.

---

[27]) Vgl. Kurt Wolzendorff a. a. O. S. 201 in Verweisung auf Anschütz. „Ein so hervorragender Rechtslehrer wie Anschütz hat schon längst darauf hingewiesen, daß der mit dem der ‚öffentlichen Ordnung und Sicherheit' der Rechtsanwendung gegebene Raum nicht im mindesten größer ist als der ihr durch die Begriffe ‚Treu und Glauben' mit ‚Rücksicht' auf die Verkehrssitte angewiesene' (§ 157 BGB.). Auch diesen kann man mit einfachen Definitionen niemals beikommen ..."

Das Allgemeine Landrecht hat den Schutz des Gemeinwohls nicht mehr unter § 10, II, 17 fallen lassen wollen. Es ordnet diesen Schutz gesondert von § 10, II, 17 so gerade im Vereins- und Korporationsrecht im 6. Titel des II. Teiles in den §§ 4, 8, 190, 191[28]). Besonders aus der Gegenüberstellung von § 3, II, 6 und § 4, II, 6 ALR. geht das hervor. § 3: „Gesellschaften aber, deren Zweck und Geschäfte der gemeinen Ruhe, Sicherheit und Ordnung zuwiderlaufen, sind unzulässig." — Hier ein fast wörtlich analoger Schutz wie in § 10, II, 17. — Dagegen ist eine ausdrückliche Bestimmung zum Schutze des Gemeinwohls in § 4 vorgesehen. Sie lautet: „Auch an sich zulässige Gesellschaften kann der Staat verbieten, sobald sich findet, daß dieselben gemeinnützigen Absichten oder Anstalten hinderlich oder nachteilig sind." Hieraus geht wohl deutlich genug hervor, daß das Allgemeine Landrecht außer der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Ruhe das Gemeinwohl als besonderes Schutzobjekt betrachtet, welches nicht mit jenem verwechselt oder begrifflich als zusammenfallend angesehen werden kann. In den Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes spielt dieser Streit eine Rolle. So in der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes Bd. 17 S. 416. Nach Ansicht des Gerichtes mit ausdrücklicher Ablehnung der gegenseitigen Meinung Rosins[29]) umfasse der § 10, II, 17 „neben der der Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung obliegenden Aufgaben auch die Abwehr der dem Gemeinwohl drohenden Gefahren". Als Begründung führt das Gericht an: „Einer Mehrheit von Personen gegenüber, welche gemeinschaftlich private Zwecke verfolgen, fehlt es an den Voraussetzungen eines von der Polizeigewalt verschiedenen staatlichen Aufsichtsrechts." Das ist soweit richtig, aber keine Begründung zu der oben aufgestellten Behauptung. Natürlich unterliegen auch juristische Personen, was den Gegenstand des zu schützenden Gutes anbelangt — für § 10, II, 17 Ruhe, Ordnung und Sicherheit —, der Polizeigewalt. Wird die Ruhe, Ordnung und Sicherheit durch juristische Personen (z. B. auch Kartelle) bedroht,

[28]) § 190, II, 6 ALR.: „Ein gleiches (Auflösung der Korporationen oder Gemeinden) findet statt, wenn dieser Zweck wider veränderter Umstände dem Gemeinwohl offenbar schädlich wird."

[29]) a. a. O. S. 313.

dann bedarf es keiner besonderen Ermächtigung als der in § 10, II, 17 gegebenen, damit die Polizei gegen diese Organisationen einschreitet. Das besagt aber noch nicht, daß, wenn durch die Tätigkeit (Vertrag oder Beschluß) einer solchen juristischen Person das Gemeinwohl gefährdet wird, die Polizei dagegen auf Grund von § 10, II, 17 einschreiten darf. Das würde eine Überschreitung ihrer Befugnisse und eine willkürliche Erweiterung des Umfanges ihrer Gewalt über § 10, II, 17 hinaus bedeuten.

Rosin (S. 416) weist insbesondere auf die schwache Ausdrucksweise des preußischen Oberverwaltungsgerichtes hin, indem er auf das vom Gericht gebrauchte Wörtchen „neben" besonderen Wert legt. Das Gericht hat hier selber sich nicht klarer ausdrücken können, indem es zum Aufgabenkreis der Polizei innerhalb des § 10, II, 17 „neben" der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Ruhe auch das Gemeinwohl rechnet. Damit kann es sich gar nicht deutlicher selbst widerlegen; denn unter welchen Begriff von § 10, II, 17 sollte Gemeinwohl noch fallen können, wenn nicht unter den im § 10, II, 17 enthaltenen Hauptbegriff der öffentlichen Ordnung?

Ferner möchte ich gegen die in Bd. 17 vom Oberverwaltungsgericht vertretene Ansicht die bekannte Entscheidung über das Kreuzberg-Denkmal im Bd. 9 S. 371 ff. anführen: Diese lehnt ausdrücklich die Einbeziehung des Gemeinwohls unter den § 10, II, 17 entgegen der vom Kommissar des Ministers des Innern vertretenen Ansicht (S. 374) ab. Wenn die Entscheidung in Bd. 9 auch der in Bd. 17 vorausgeht, so ist die hier vertretene Ansicht viel durchschlagender begründet. Das Gericht beruft sich nicht nur auf den allgemeinen Sprachgebrauch, sondern führt auch eine Stelle aus den Materialien des Entwurfs zum Allgemeinen Landrecht an[30]).

Das Oberverwaltungsgericht verweist ausdrücklich den Schutz des Gemeinwohls auf die Spezialgesetzgebung. In dieser kommt

[30]) Vgl. S. 373 ff.: „Denn der dem § 10 a. a. O. entsprechende § 10 Titel 5 Abt. 3 Teil I des gedruckten Entwurfes eines Allgemeinen Gesetzbuches für die preußischen Staaten hatte den Wortlaut, jede Handlung, wodurch die gemeine Ruhe und Sicherheit oder der öffentliche Wohlstand gestört werden könnte, ist ein Gegenstand der Aufmerksamkeit und vorläufigen Untersuchung der Polizeigerichte ‚hat demnächst erst' unter Ausscheidung der Worte ‚der öffentliche Wohlstand' für die jetzige abgelehnt und gestrichen, da für die Polizei zu allgemein und unbestimmt."

allerdings dieser Ausdruck vor. Außer in den von mir vorhin schon zitierten Bestimmungen § 61 Ges. betr. die GmbH. § 43 BGB. möchte ich zu dieser Stelle besonders § 51 GewO. zitieren, da es sich bei obigen Paragraphen nicht mehr um Polizei, sondern Staatsaufsicht handelt. § 51 Abs. 1 Satz 1 der Gewerbeordnung lautet: „Wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl kann die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde zu jeder Zeit untersagt werden." M. E. hätte es einer solchen gesetzlichen Ermächtigung gar nicht mehr bedurft, wenn Gemeinwohl begrifflich unter die Bestimmung von § 10, II, 17 als Ausdruck des gebräuchlichen Polizeibegriffs in Deutschland fiele. Wäre letzteres der Fall, so könnte jedes gewerbliche Unternehmen auch schon auf Grund dieser Ermächtigung untersagt werden, da das aber vermutlich nach Ansicht des Gesetzgebers bei Gefährdung des Gemeinwohls allein nicht möglich war, bedurfte es jener besonderen Bestimmung, die als Schutzgegenstand auch das Gemeinwohl einbezog. Dieselbe Folgerung ist für die Ermächtigung in § 4 Abs. 1 Satz 1 der Kartellverordnung zu ziehen. Der Gesetzgeber hat hier fraglos eine besondere Erweiterung ausdrücklich vorsehen wollen, die außer dem Gemeinwohl auch noch die Gesamtwirtschaft enthält, sonst hätte er dies nicht ausdrücklich betonen und in § 4 Abs. 2 nicht näher bestimmen brauchen, was er darunter verstanden wissen will[31]).

Wie ich S. 27 ausführte und besonders im Hinblick hierauf betonte, enthält der württembergische Polizeibegriff als Objekt des polizeilichen Schutzes das Gemeinwohl. Jungel macht darauf aufmerksam[32]), ob bei einer „derartigen Interpretation" dem Ausdruck „Ordnung = Gemeinwohl" nicht Gewalt angetan würde.

Ebenso unmotiviert finde ich Isays begriffliche Gleich-

---

[31]) In demselben Sinne auch Friedländer a. a. O. S. 74; Drews a. a. O. S. 9: „Die Vorschriften der Reichsgewerbeordnung über die Untersagung durch besonders störender (§ 27) oder mit überwiegender Nachteile für das Gemeinwohl verbundener (§ 51) Gewerbebetriebe gehen über den Rahmen des § 10 II, 17 hinaus. Ferner Staudinger S. 25 a. a. O.; Landmann a. a. O. Anm. zu § 51.

[32]) a. a. O. S. 97.

stellung von Publico = Gesamtwirtschaft. Mit geschickter Dialektik würde es vielleicht auch hier gelingen, beide Begriffe zur Deckung zu bringen. Unter dem Begriff „Publikum" versteht man „in Theorie und Praxis eine Personenmehrheit von unbestimmter Begrenzung"[33]) im Gegensatz zum Schutz des Einzelnen. Unter Gesamtwirtschaft ist die gesamte Wirtschaft, also auch ein Komplex von unbestimmter Begrenzung gegenüber dem Einzelnen, hier etwa den einzelnen wirtschaftlichen Unternehmen oder der einzelnen wirtschaftlichen Organisation zu verstehen. Es kommt wiederum darauf an, wie man den Begriff Publikum auffaßt. Versteht man ihn sehr weit, so fällt unter den Schutz der Gefahren, die dem Publikum drohen, nicht nur die Gefahr an Leib und Leben, sondern auch die an den wirtschaftlichen Interessen, an dem Vermögen dieser Vielheit von Personen. Es würde etwa auch Gesamtwirtschaft schlecht und recht vielleicht in den Begriff Publikum hineinpassen. Aber eben nur schlecht und recht, da hier der Begriff Gesamtwirtschaft ganz losgelöst von irgendwelchen Beziehungen zu einer Vielheit von Personen wie als deren Vermögen aufgefaßt sein will, nämlich die deutsche Gesamtwirtschaft als ein nationaler Faktor, dessen Wert unabhängig von allen persönlichen und privaten Interessen besteht. Im übrigen ist auch an dieser Stelle wieder auf dasselbe zu verweisen, was ich in den vorigen Ausführungen bemerkte: Wenn durch die Ermächtigung der Gesetzgeber nicht etwas Besonderes hätte ausdrücken wollen, dann hätte es dieser weiten Klausel in § 4 Abs. 1 Satz 1 nicht bedurft.

Es ist m. E. Isays Versuch, den Begriff der Sicherheitspolizei durch die begriffliche Übereinstimmung von § 10, II, 17 und der Ermächtigungsklauseln in der Kartellverordnung festzulegen, nicht zu halten — allerdings nur darin nicht, was den Umfang des polizeilichen Schutzobjektes anbelangt.

Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft sind weiter zu fassende Begriffe als „gute Ordnung" und „Publikum".

Daraus wäre zu folgern, daß wir es mit einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zu tun haben, die über das gewöhnliche Maß polizeilicher Gewalt hinausgeht, welche sich grund-

---

[33]) Hatschek S. 122.

sätzlich nur auf den Umfang der in § 10, II, 17 gegebenen Ermächtigung erstreckt[34]).

VIII. Der sicherheitspolizeiliche Charakter der Aufsicht und seine Abgrenzung.

1. Die weitgehendere Ansicht der Literatur.

Wir kommen damit wieder zu der für uns entscheidenden Frage: Ist trotz dieser besonderen Ermächtigung die Aufsicht noch Sicherheitspolizei oder geht diese Aufsicht über das Maß dieses Begriffes hinaus, d. h. ist sie eine Aufsicht, die wir höchstens noch nach üblicher Auffassung als Wohlfahrts- oder Verwaltungspolizei bezeichnen?

Letztere Ansicht scheinen auch Schäffer und Lucas zu teilen[1]). Aus den Worten Schäffers geht das deutlich hervor: „Man darf hier den Verfasser daran erinnern, daß auch im Rechtsstaat polizeiliche Befugnisse bestehen, die über das Gebiet der reinen[2]) Sicherheitspolizei hinausgehen. Nur bedarf es zu ihrer Ausübung einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung (Fleiner, Inst.) ...“ Daß es sich hier um eine besondere gesetzliche Ermächtigung handelt, hob ich eben schon ausdrücklich hervor, daraus ist aber noch keineswegs ohne weiteres gesagt, wie m. E. Schäffer ausdrücklich annimmt, daß diese Ermächtigung über den Begriff der „reinen“ Sicherheitspolizei hinausgeht. Im Gegenteil haben wir es trotz dieser Ermächtigung nur mit einer sicherheitspolizeilichen Aufsicht zu tun; das ergibt sich aus dem Gesetzestext selbst. Sowohl in § 4 Abs. 1 Satz 1 wie auch in allen anderen Ermächtigungsklauseln (§§ 9 und 10) der KartVO. wird der Behörde nur dann ein Eingriffsrecht gegeben, wenn die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl als gefährdet anzusehen sind. Nirgendwo findet sich eine Bestimmung, die als eine erweiterte Ermächtigung anzusehen wäre.

---

[34]) Otto Mayer a. a. O. S. 222; Fleiner S. 361; OVG. Bd. 9 S. 353 ff.; Rosin a. a. O. S. 249.

[1]) a. a. O. S. 66/67; Schäffer a. a. O. S. 1245.

[2]) Der Ausdruck „reine Sicherheitspolizei“ zur Unterscheidung „anderer Sicherheitspolizei“ kann m. E. nur Unklarheit bringen.

2. Der Begriff der Gefahrenabwehr.

Der Begriff der Gefahr steht ganz im Vordergrund. — Eingriffsmöglichkeit der Behörde in einen Kartellvertrag besteht nur dann, wenn eine Gefahr vorliegt. Was bedeutet Gefahr im verwaltungsrechtlichen Sinne? Das Allgemeine Landrecht in § 38, I, 8 definiert sie als den Zustand, in welchem der Eintritt eines Schadens zu befürchten ist. Wir wissen somit, was der Gesetzgeber bezweckt, wenn er diesen Begriff als Grundlage seiner Ermächtigung in das Gesetz aufnahm. Nur bei Gefährdung, also nur, wenn der Eintritt eines Schadens zu befürchten ist, soll die Behörde eingreifen, um diesem abzuwehren.

Was bedeutet aber ferner der Begriff der Gefahrenabwehr im verwaltungsrechtlichen Sinne? Es dürfte schwerlich gelingen, ihn positiv erschöpfend zu erfassen. Wir können ihn aber etwa negativ begrenzen. So sagt z. B. Drews[3]): „Nicht zur Gefahrenabwehr gehört in erster Linie alles, was zur Wohlfahrtspflege gehört, was also im Sinne der Verordnung vom 26. Dezember 1808 ‚Über die Erhaltung dessen, was schon ist', hinausgeht." Damit ist uns eigentlich im wesentlichen das gegeben, was Gefahrenabwehr sein soll.

Zunächst die Gegenüberstellung:

1. Gefahrenabwehr ist niemals Wirtschaftsförderung, also keine positive Tätigkeit der Aufsicht.

2. Gefahrenabwehr nur von dem, was besteht, also nicht, was nach der Ansicht der Behörde sein sollte.

Die Kartellaufsicht hat nicht den Zweck, die Tätigkeit der Kartelle bei ihren Beschlüssen oder Preisvereinbarungen z. B. so zu beeinflussen, daß damit nach ihrer vermeintlichen, vielleicht auch richtigen Ansicht das Gemeinwohl gefördert wird. So dürfte z. B. nicht ein Minister, dem es etwa besonders um die Hebung des Genossenschaftswesens zu tun ist, mit seinen Maßnahmen auf dem Wege der Kartellverordnung schon dann vorgehen, wenn Kartellbeschlüsse zwar die Genossenschaften etwa durch Absatzvereinbarungen mit dem Großhandel schädigten, wenn nicht zu-

[3]) a. a. O. S. 8.

gleich eine Schädigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls vorläge[4]).

Zur Verwirklichung bestimmter Programme, sei es Parteiprogramm oder anderer wirtschaftlicher Ziele, darf die Aufsicht nicht mißbraucht werden[5]).

3. Die Bedeutung des Begriffs der Gefahrenabwehr für den sicherheitspolizeilichen Charakter der Aufsicht.

Mit dem in der Kartellaufsicht ganz und allein im Vordergrund stehenden Gedanken der Gefahrenabwehr, der jede fördernde Tätigkeit ausschließt, ergibt sich m.E. der ausschließliche Charakter einer Sicherheitspolizei. „Die Polizeigewalt, sagt man, ist nur dazu bestimmt, von dem Gemeinwesen und den einzelnen Bürgern Gefahren abzuwenden (die Sicherheitspolizei)."[6]) Otto Mayer sieht, und hierin übereinstimmend die übrige Literatur, gerade in dem Moment der Gefahrenabwehr das Typische, um damit den sicherheitspolizeilichen Charakter polizeilicher Tätigkeit zu bestimmen.

Man könnte hiergegen vielleicht einwenden, durch die Erweiterung des polizeilichen Schutzgegenstandes über § 10, II, 17, also über die Begriffe öffentliche Ordnung, Ruhe und Sicherheit hinaus, auf so allgemeine und dehnbare wie Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft könne, wie anscheinend Schäffer und Lucas annehmen[7]), nicht mehr von einem rein sicherheitspolizeilichen Charakter gesprochen werden.

---

[4]) Die Untersuchung, ob hier ein Eingreifen des Vorsitzenden des Kartellgerichts „unbillige Einschränkung des Betroffenen" gerechtfertigt wäre, liegt auf ganz anderem Gebiet.

[5]) Friedländer a.a.O. S. 78: „Es ist nicht Aufgabe der Kartellinstanzen, volkswirtschaftliche Theorien oder ein bestimmtes Wirtschaftsprogramm zur Durchführung zu bringen. Es ist auch nicht Zweck der Verordnung, eine Umgestaltung in der Wirtschaftsverfassung durch Zurückdrängung etwa des Großhandels oder des Handels überhaupt oder von Luxusindustrien herbeizuführen."

[6]) S. 206.

[7]) a.a.O.

Um hier etwaiger Unklarheit vorzubeugen, möchte ich hierzu nur bemerken, daß m. E. der Gegenstand polizeilichen Schutzes, also öffentliche Ordnung oder Gemeinwohl, für den sicherheitspolizeilichen Charakter einer Aufsicht gänzlich unmaßgeblich ist, da nur das Moment, ob Gefahrenabwehr- oder positive Förderung für den Inhalt des Begriffs entscheiden.

Ich möchte an dieser Stelle auf den württembergischen Polizeibegriff zurückkommen, der als Hauptgegenstand polizeilichen Schutzes das Gemeinwohl kennt, insofern eine gewisse Ausdehnung über die in Deutschland allgemein übliche Umgrenzung erfahren hat (vgl. S. 27). So betont auch Jungel in der vorhin schon zitierten Schrift, daß der Begriff Gefahrenabwehr auch für Württemberg gilt[8]); positive Wirtschaftsförderung ist hier also auch ausgeschlossen. Jungel weist sogar nach, daß sich in Württemberg „der Gedanke der Gefahrenabwehr im Gegensatz zu Preußen im Anfang des 19. Jahrhunderts trotz des Metternichschen Einflusses viel reiner erhalten habe ...“ „Insoweit sehen wir auch an dem Beispiel der württembergischen Polizei, daß die Einbeziehung des Gemeinwohls als Schutzobjekt der Polizei den Sicherheitspolizeigedanken in keiner Weise zu verwischen braucht.“

v. Seydel sagt[9]): „Da nicht genauer gesagt ist, welche Richtung die Gefahr haben muß, um Gegenstand der abwehrenden Tätigkeit der Polizei zu sein, so ist es gleichgültig, ob die Gefahr der Sicherheit oder der Wohlfahrt droht. Dagegen fällt allerdings eine positive Förderung der Wohlfahrt nicht unter die Aufgaben der Polizei.“ Auch O. Mayer, der den Umfang der polizeilichen Schutzgüter grundsätzlich eng begrenzt, läßt über § 10, II, 17 hinaus noch sicherheitspolizeiliche Eingriffe gelten auf Grund besonderer Ermächtigung, die die gewöhnlichen

[8]) Jungel a. a. O. S. 51: „Die der Polizeiaufsicht unterliegenden Gegenstände (gem. d. Instruktion vom 7. Februar 1808) lassen erkennen, daß nicht nur die ‚öffentliche Privatsicherheit‘ zu schützen ist, sondern auch die ‚öffentliche Wohlfahrt‘. Die ‚Zierde‘ und ‚Bequemlichkeit‘, daß aber der Gesichtspunkt der Abwehr die Richtung der Tätigkeit des Oberpolizeidirektors bestimmen soll ...“ „Die positive Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt ist auszuscheiden. Wohlfahrtsschutz und Sicherung ist als seine Aufgabe und seine Schranke bezeichnet.“

[9]) a. a. O. S. 182.

Grenzen ausnahmsweise durch besondere Bestimmung erweitern. „Damit ist nicht gesagt, daß es für solche (ideelle Werte) überhaupt keine Polizei geben soll. Dem Rechtsstaat entspricht es nur, daß das Gesetz ihn in der Hand behalte und mit vorsichtiger Auswahl selbst die Fälle bestimme, in welchen hier obrigkeitliches Einschreiten stattfinden soll."[10]) Also O. Mayer erkennt auch über die gewöhnlichen Grenzen polizeilicher Schutzgegenstände noch Erweiterungen dieser Grenzen an, ohne daß damit der Eingriff der Behörde den polizeilichen (bei O. Mayer nur sicherheitspolizeilichen) Charakter verlöre.

Es dürfte m. E. aus den obigen Ausführungen genügend klargestellt sein, daß trotz der begrifflichen Erweiterung polizeilicher Gewalt auf Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl der sicherheitspolizeiliche Charakter der Kartellaufsicht, eben weil sie sich nur auf die Abstellung von Gefahren beschränkt, vollauf erhalten bleibt.

4. Die engere oder weitere Auffassung über den Abwehrgedanken.

Schäffer geht in seinen Ausführungen in der Juristischen Wochenschrift gegen Isay noch weiter, indem er glaubt, der Begriff der Gefahrenabwehr dürfte hier nicht so eng aufzufassen sein. „Aber auch wenn man dem Verfasser (Isay) in der sicherheitspolizeilichen Auffassung der Kartellverordnung folgt, so darf man den Begriff der Abwendung von Gefahren nicht so eng auffassen, wie er es an der Hand einiger Beispiele der Vergangenheit und Gegenwart zu tun geneigt scheint" (S. 203 u. 161)[11]). Zum Beweis hierfür zählt Schäffer die Beispiele aus der Kriegszeit auf: Die außerordentlichen Maßnahmen zur Sicherstellung notwendiger Bedarfsartikel, die auch eine Abwehr von Gefahren bedeuteten, und zwar von Gefahren, die unserer ganzen Existenz drohten, die aber in ihrer Art schon rein fürsorglich waren. Der Begriff der Gefahrenabwehr, meint Schäffer, habe sich nach den jeweiligen Verhältnissen zu richten.

---

[10]) O. Mayer S. 114 ff. und S. 216.
[11]) a. a. O.

M. E. ist es äußerst bedenklich, als Argumentation die Kriegs- oder Nachkriegsgesetzgebung zu gebrauchen.

Der Krieg als plötzliches und unvorhergesehenes Ereignis brachte unvorhersehbare und unnormale Zustände, und zwar in einem Ausmaße, wie es wohl kaum jemand voraussehen konnte. Deutschland, abgeschnitten von aller Welt, ganz auf sich selbst, seine Kraft und seine eigenen Mittel allein angewiesen, konnte auch in der Gesetzgebung nur das Mittel zum Zweck sehen, einem Volke zur Rettung aus höchster Not zu dienen[12]).

Allerdings handelt es sich nicht stets um Gefahrenabwehr — läßt sich aber diese Abwehr überhaupt mit dem Begriff vergleichen, wie wir ihn im verwaltungswissenschaftlichen Sinne kennen? Während dieser, wie wir sahen, nur dazu da ist, um den Schutz der bestehenden Verhältnisse zu gewährleisten (vgl. S. 36/37), geht es bei den Kriegsmaßnahmen um die Erreichung eines bestimmten Zieles — des Endsieges — und zuletzt, als diese Hoffnung schwand, der Rettung Deutschlands. Diese Maßnahmen blieben allerdings nicht negativ. Sie suchten schon im voraus rücksichtslos jedes Hindernis zu beseitigen, was ihrem Ziel entgegenstand. Wir können daher weder von rechtsstaatlichen Sicherheitspolizeimaßnahmen noch von Wohlfahrtspolizei sprechen, sondern nur von einer Wirtschaftsdiktatur, einer vollständigen Durchdringung obrigkeitlicher Gewalt, die, um mit Heymann[13]) zu sprechen, „weder von der mittelalterlichen Stadtwirtschaft noch von den Fürsten der frühkapitalistischen Zeit jemals erreicht wurde".

Kriegsausbruch und Revolution machten diesem Zustand kein Ende, konnten es auch nicht. Galt es doch, die künstliche[14]) Riesenorganisation, die fast die gesamte deutsche Wirtschaft umfaßte, wieder für Friedenszwecke dienstbar zu machen. Die Um-

[12]) Vgl. Ermächtigungsgesetz des Bundesrates vom 4. August 1914; die VO. zur Sicherstellung der Volksernährung vom 22. Mai 1916/18. August 1917 (sie gab dem Reichskanzler ein unbeschränktes Verfügungsrecht über Lebensmittel usw.); Bekanntmachung über Sicherstellung von Kriegsbedarf vom 24. Juli 1915; ferner verweise ich auf die Zwangszusammenlegung der Betriebe, Zwangskartellierung und Zwangssyndizierung usw.

[13]) a. a. O. S. 19.

[14]) Göppert, Zum Recht der Unternehmerzusammenfassungen, Bankarch. 1926 S. 398 ff.

stellung — Demobilmachung, ließ sich deshalb, zumal bei der durch Umsturz und Unruhen noch größer gewordenen Verwirrung nur auf Grund ebensolcher diktatorischen Maßnahmen herbeiführen. Ich hebe die diktatorischen Befugnisse des Leiters des Demobilmachungsamtes auf Grund der Verordnung der Volksbeauftragten vom 12. November 1918 hervor.

Wenn die Folgen der Nachkriegszeit, insbesondere die Inflation das Parlament immer wieder zwangen, der Regierung besondere Ermächtigungen zu verleihen, um ihr die Befugnis zu besonderen Maßnahmen gerade auf dem Gebiete der Wirtschaft zu geben und auf Grund eines solchen Ermächtigungsgesetzes[15]) auch die sog. Kartellverordnung hervorging, also auch noch diese als ein Produkt der Nachkriegsgesetzgebung anzusehen ist, so ist es trotzdem m. E. in keiner Weise gerechtfertigt, obige Maßstäbe zum Vergleich heranzuziehen.

Wir haben es in der Kartellverordnung mit einer gesetzlich umschriebenen Ermächtigung an eine Behörde zu tun zwecks Ausübung einer bestimmten Aufsicht und nicht mit einer Wirtschaftsdiktatur. Für diese paßt der Begriff der Gefahrenabwehr überhaupt gar nicht. Daher gibt die Kartellverordnung selbst uns keinen Anlaß, den Begriff der Gefahrenabwehr, wie Schäffer es glaubt, „nicht so eng" aufzufassen.

Für die Entwicklung unseres Rechtes hat die Kriegs- und Nachkriegsgesetzgebung ebensoviel Unerfreuliches gebracht wie der Krieg und diese Zeit selbst auf allen Lebensgebieten. Dürfte es nicht einmal richtig sein, hier überhaupt von einer Weiterentwicklung unseres Rechtslebens zu sprechen, sondern eher von einem Einschnitt, der durch seine Wirkungen, insbesondere was die Klarheit und Sicherheit unseres Rechtslebens anlangt, nicht gerade die günstigsten Spuren hinterlassen hat. Diese Spuren allerdings trägt auch die Kartellverordnung. Das sehen wir an dem so ungenügend entwickelten, teils gänzlich fehlenden Rechtsschutz. Wir haben es hier im Vergleich mit der Vorkriegsgesetzgebung mit einer sehr bedenklichen Neuerung zu tun. In § 4 Nr. 1 der VO. entscheidet zwar ein Gericht, aber in erster und letzter Instanz. In § 4 Nr. 2 u. 3 gibt es überhaupt keine richter-

[15]) Ermächtigungsgesetz vom 13. Oktober 1923.

liche Rechtskontrolle. Ein Kartell ist praktisch jedem Ermessensmißbrauch des Reichswirtschaftsministers wehrlos ausgesetzt (s. S. 55). Es ist m. E. im Hinblick darauf, daß durch jene Zeit zügelloser Gesetzesproduktion die Rechtsauffassung des Volkes aufs schwerste bedroht und fast zu einem Schattendasein verurteilt wurde, abzulehnen, auch noch unklare Begriffe, wie „engere" oder „weitere" Gefahrenabwehr in die Gesetzesbestimmung der Kartellverordnung hineinzulegen, ohne daß der Wortlaut dieser Bestimmung hierzu irgendeinen Anhaltspunkt bietet.

Auch planwirtschaftliche Ideen sind es noch immer, mit deren Hilfe man versucht, die Machtbefugnisse des Reichswirtschaftsministers und der übrigen Kontrollorgane über den sicherheitspolizeilichen Begriff der Gefahrenabwehr zu erweitern.

Isay[16]) benennt die Planwirtschaft „als nichts anderes als die polizeistaatliche Idee im modernen Gewande oder nach der nationalökonomischen Terminologie ein neuer Merkantilismus, als den ihn Rathenau (Von kommenden Dingen) denn auch ausdrücklich bezeichnet. Nur daß die alten Machtbefugnisse des alten Polizeistaates in die Hand von neuen Organen, nämlich wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörpern, gelegt werden sollen.

Bei dem Einfluß, den die Idee der Gemeinwirtschaft auf die damalige Zeit ausübte, führten doch die Hauptverfechter dieser Theorie, Wissell und v. Möllendorff, eine Zeitlang selbst das Ruder des Reichswirtschaftsministeriums, war es doch ein Mann wie Rathenau, der sich selbst als ihr geistiger Vater bezeichnete, so wird daraus vielleicht verständlich, daß trotz ihrer tatsächlich praktischen Erfolglosigkeit immer noch Versuche gemacht werden, ähnliche wirtschaftsfördernde Tendenzen auch in der Kartellverordnung zu suchen. Dies um so mehr, da ein Teil der kartellierten Produktion, Kohlen- und Kalisyndikate, tatsächlich zu Objekten öffentlichrechtlicher Organe, Reichskohlen- und Reichskalirat, geworden sind.

Isay[17]) verweist deshalb sehr richtig darauf, daß die Tendenz der Kartellverordnung wie die Art der in ihr festgelegten

---

[16]) Zur Systematik des Kartellrechts a. a. O. S. 28.
[17]) Komm. in I. u. T. S. 104.

Aufsichtsbefugnisse mit gemeinwirtschaftlichen Ideen nichts gemeinsam habe. „Die Rolle, welche den Syndikaten in dem Verwaltungssystem der Kohlen- und Kaliwirtschaft zugewiesen wird, ist also derjenigen, welche sie in der Kartellverordnung spielen, genau entgegengesetzt. Die Kartellverordnung betrachtet die Kartelle als eine mögliche Quelle von Gefahren, so daß sie hier das Objekt zu einer polizeilichen Überwachung angeben. KoWG. und KaWG. dagegen erheben die Syndikate zu Organen verwaltungsmäßiger Wirtschaftspflege und demzufolge zu Trägern staatlicher Hoheitsrechte.“[18])

Isay sieht in der Kartellverordnung eine Reaktion auf die Nachkriegsentwicklung. Nach ihm hat die Kartellverordnung gerade „die Wiederherstellung der Wirtschaftsfreiheit zum Programm erhoben“[19]).

Die tatsächliche Entwicklung der Nachkriegszeit gibt den Worten Isays vollauf ihre Berechtigung. Nachdem die großen Erwartungen, die man an die Verwirklichung der Planwirtschaft gestellt hatte, einer großen Ernüchterung Platz machten, die deutsche Wirtschaft, auf sich selbst angewiesen, aus eigener Kraft ohne staatliche Hilfe sich wieder zu konsolidieren begann, brachte auch die Konstellation der damaligen Regierung unter der Kanzlerschaft Stresemanns einen anderen Geist in die Regierung hinein, den wir am besten im Gegensatz zur Gemeinwirtschaft als Wirtschaftsliberalismus bezeichnen.

So atmet auch das Gesetzeswerk dieser Regierung, die Kartellverordnung, diesen Geist. Steht doch gerade die Bekämpfung wirtschaftlicher Machtorganisationen und der nachdrückliche Schutz der Einzelunternehmungen, wie er in § 8 der VO. am schärfsten sich auswirkt, in einem auffälligen Gegensatz zu den Zwangszusammenschlüssen der Planwirtschaft unter Wissell und v. Möllendorff.

Wenn Isay gerade auf Grund dessen, daß alle Versuche, mit polizeistaatlichen Mitteln in das komplizierte System der Wirtschaft einzugreifen, endgültig fehlgeschlagen sind, die Hervorhebung des Rechtsstaatsgedankens fordert und diesen als den

---

[18]) Isay, Zur Systematik S. 29 und dazu S. 26.
[19]) I. u. T. S. 104.

alleinigen Maßstab für wirtschaftspolizeiliche Aufsichtsmaßnahmen anerkennt, so hat das m. E. gerade in der Kartellverordnung bei dem Mangel des Rechtsschutzes seine besondere Berechtigung; denn die Zeit der staatlichen Diktatur hat mit dem Eintreten normaler und ruhigerer Verhältnisse im allgemeinen ihr Ende gefunden. Wie ich schon betonte, hat weder die Revolution noch die neue Reichsverfassung an dem bisherigen Rechtszustand grundsätzlich etwas Wesentliches geändert. Nach unserem bestehenden Recht stehen wir noch auf dem Boden des Rechtsstaates, wenn auch gerade neuere Strömungen diesen immer mehr zu erschüttern drohen, so sind bisher Ausnahmen von diesem Prinzip, wie KoWG. und KaWG., nur auf gesetzlichem Wege, nicht durch Willkürakt Wirklichkeit geworden. Wo eine solche ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Wirtschaftspflege nicht besteht, wie in der Kartellverordnung, darf sie, um dies nochmals stark zu unterstreichen, nicht auf Grund unklarer Zeitströmungen in den Gesetzestext hineingelesen werden.

Das große Verdienst Isays besteht darin, für die in der Kartellverordnung vorgesehene behördliche Aufsicht klare Richtlinien herausgeschält zu haben, unter Voranstellung des rechtsstaatlichen Sicherheitspolizeibegriffes. Insoweit, als es sich um die Klarstellung dieses Gedankens handelt, ist Isay beizustimmen, daß er unter Heranziehung der Bestimmung des § 10, II, 17 ALR. zusammen mit den bewährten Grundsätzen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes Bd. 9 und 15, die sich in ständiger Rechtsprechung in ihren Grundlinien bis auf den heutigen Tag erhalten haben, eine analoge Anwendung dieser Grundsätze[21]) auch für die sicherheitspolizeiliche Aufsicht der Kartellbehörde fordert.

Eine sachliche Übereinstimmung von § 10, II, 17 und etwa der Ermächtigung von § 4 Abs. 1 Satz 1 dürfte, wie ich genügend kargestellt zu haben glaube, allerdings von Isay zu eng aufgefaßt sein. Was das Objekt der Aufsicht, Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl, anlangt, geht die Aufsichtsermächtigung des § 4 Abs. 1 Satz 1 der VO. über § 10, II, 17 ALR. hinaus. Diese zu

[20]) Komm. I. u. T. S. 103 und S. 160.

weitgehende Auffassung Isays, die ich durch meine Ausführungen richtigzustellen versucht habe, da sie m. E. ein etwaiger Anlaß zu Mißverständnissen (s. Schäffers Ausführungen a. a. O.) und Unklarheiten wurde und noch werden kann, stimmt jedenfalls in dem Hauptergebnis mit meiner Auffassung überein, daß es sich bei der Aufsicht der Kartellbehörden nur um Sicherheitspolizei handeln darf.

Isay bezeichnet deshalb die Kartellaufsicht auch mit Recht als einen neuen Zweig der Polizei[21]): Ganz neuartig sei allerdings die Gefahrenquelle. Daß eine solche Gefahr von seiten von Wirtschaftsorganisationen, hier also Kartellen her droht. Auch das dürfte m. E. der Berechtigung, die diesem Gedanken unterliegt, in keiner Weise schaden. Auf fast allen Gebieten sind bei der fortschreitenden Entwicklung neue Gefahrenquellen entstanden, aus denen sich die einzelnen Polizeizweige allmählich herauskristallisiert haben. Wie die Bergpolizei zur Sicherung des Bergwerks, die Gesundheitspolizei gegen ansteckende Krankheiten, die Verkehrspolizei zur Sicherung eines geordneten Verkehrs usw., so ist auch hier ein neuer Zweig der Polizei entstanden, der das auf Grund besonderer Ermächtigung der Kartellaufsichtsbehörde überwiesene Schutzobjekt Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl vor Gefährdung bewahren soll.

IX. Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft als polizeiliche Schutzgegenstände der Kartellverordnung.

1. Allgemeines.

Nachdem wir im vorhergehenden den Inhalt der behördlichen Aufsicht als nur auf Gefahrenabwehr begrenzt festzulegen versuchten, kämen wir in diesem Abschnitt noch einmal zurück auf den Schutzgegenstand dieser Tätigkeit, „Gemeinwohl" und „Gesamtwirtschaft", die m. E. in ihrer begrifflichen Umgrenzung weit über öffentliche Ordnung und „Publikum" hinausgehen.

Wir haben es hier mit Ermächtigungen zu tun, deren Dehnbarkeit so groß ist, daß trotz des sicherheitspolizeilichen Charakters der Polizeiaufsicht die Voraussetzungen für ein Eingreifen

[21]) Komm. I. u. T. S. 101.

zu geringen Beschränkungen auch damit unterworfen sind. Diese Dehnbarkeit wiederum birgt, wie wir im folgenden sehen, die ständige Gefahr in sich, die Grenzen einer objektiven Wertung wirtschaftlicher Verhältnisse zu überschreiten[1]).

2. Gemeinwohl.

Der Begriff „Gemeinwohl" tritt in der Gesetzgebung zwar häufiger auf, ohne aber bisher in der Rechtsprechung eine Bedeutung erlangt zu haben[2]). Staudinger sagt in seinem Kommentar zu § 43 BGB.[3]): „Im übrigen ist es unmöglich, einen Begriff von solcher Elastizität, wie die ‚Gefährdung des Gemeinwohls', juristisch mit genügender Sicherheit für die Rechtsanwendung zu präzisieren."

Stammler[4]) in der „Lehre vom richtigen Recht" sagt etwas über seinen Inhalt: „Das Hoffen und Sehnen, das Wünschen und Wollen nach einem gegenständlich Richtigen, das drückt sich in der Verweisung auf das Gemeinwohl aus. Mehr leistet dieser Ausdruck nicht."[5])

Nichts deutlicher als obiges Zitat kann uns zeigen, wie unfaßbar dieser Begriff ist und wie verständlich es war, wenn der Entwurf des Allgemeinen Landrechts die Einbeziehung des Schutzes der öffentlichen Wohlfahrt, „da für die Polizei zu allgemein und unbestimmt", gestrichen hat. Bei dem in der Kartellverordnung so mangelhaft ausgebildeten Rechtsschutz ist eine solche Ermächtigung, die sich auf Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl stützt, doppelt bedenklich.

3. Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl.

Indes müssen wir versuchen, aus der Verordnung selbst wie der bisherigen Kartellrechtsprechung aus dem Umfang dieses Aus-

---

[1]) Komm. I. u. T. S. 104. Isay weist hier auf Bernstein, Bankarch. 23 S. 335, hin als einen Fall behördlicher Überschreitung und Benutzung der Kartellpolizei zur positiven Wirtschaftsförderung.

[2]) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 151; Landmann a. a. O. Anm. zu § 51 GewO.

[3]) Staudinger a. a. O. S. 242.

[4]) Lehre vom richtigen Recht S. 139.

[5]) Lammers, KartRdsch. 23 S. 223.

druckes einige Hauptgesichtspunkte hervorzuheben. Zunächst fällt uns im Gesetzestext selbst die Zusammenstellung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl auf. Es ist daher eine Gegenüberhaltung dieser Begriffe erforderlich. Lehnich-Fischer berichten, daß „Gemeinwohl" erst im Laufe der Beratungen zu dem Begriff „Gesamtwirtschaft" gesetzt wurde, da man fürchtete, mit letzterem nicht auskommen zu können. Sie folgern, daß Gemeinwohl als der weitere Begriff hier zu gelten habe. Es wäre ja auch wohl einleuchtend, daß Gesamtwirtschaft unter den noch weniger begrenzbaren Begriff Gemeinwohl fallen dürfte, während, wie Lehnich-Fischer ausdrücklich m. E. richtig betonen, die Gesamtwirtschaft als gefährdet angesehen werden könnte, ohne daß damit zugleich eine Gefährdung des Gemeinwohls vorzuliegen braucht[6]). Gemeinwohl enthalte deshalb „mehr die sozialpolitische und kulturelle Seite" der Kartellmaßnahmen[7]).

M. E. ist die Ausdehnung des Begriffs Gemeinwohl auf die kulturelle Seite nicht nur äußerst bedenklich, wie auch dem Zweck der Verordnung widersprechend[8]).

Es geht zunächst aus dem Gesetzestext selbst hervor, daß das wirtschaftliche Moment beherrschend in den Vordergrund tritt.

§ 4 Abs. 2 sieht in der volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigten Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes, in der Preissteigerung ... nicht nur eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft, sondern auch zugleich des Gemeinwohls, was das Wort „oder" ausdrückt. Es soll offenbar damit gesagt sein, daß in dem Begriff des Gemeinwohls das wirtschaftliche Moment auch hineingezogen werden muß. Damit ist allerdings die Unmöglichkeit, eine

---

[6]) Friedländer a. a. O. S. 75: „Im allgemeinen bedeutet eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft auch eine solche des Gemeinwohls. Nur selten wird beides auseinanderfallen; man denkt dabei etwa an die Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes von Luxuswaren, die für die Gesamtwirtschaft unerträglich sein können, ohne das Gemeinwohl zu gefährden." Haußmann-Holländer a. a. O. S. 39; Blum in JW. 1925 S. 2558.

[7]) a. a. O. S. 131.

[8]) Daß Gemeinwohl nicht mit dem Begriff der guten Sitten zusammenfällt, wird allseits abgelehnt. Lehnich-Fischer S. 76; Friedländer S. 75/76; Blum, Die Grundzüge ... S. 69; Haußmann-Holländer S. 39.

weitere Ausdehnung auf die kulturelle Seite zu rechtfertigen, nicht sofort gegeben. Diese ergibt sich m. E. zunächst aus dem Objekt der Aufsicht: Kartellverträge und -beschlüsse, die direkt in keiner Weise einen Einfluß auf die kulturelle Lage der Volksgemeinschaft haben, da ihr ganzer Zweck nur rein wirtschaftliche Ziele verfolgt und nicht kulturelle.

Endlich, was den Charakter der Behörde selbst angeht, die zur Aufsicht bestellt ist, der Reichswirtschaftsminister, — seine Aufsichtsbefugnisse erstrecken sich nur, wie der Name schon sagt, auf das wirtschaftliche Leben des Staates, nicht auf das kulturelle. Dieses Moment ist ganz auszuschließen. Anders das soziale. Das soziale Wohl ist so eng mit dem wirtschaftlichen Wohl verknüpft, daß es begrifflich kaum getrennt werden kann. Die Gefährdung des wirtschaftlichen Gemeinwohls dürfte auch zugleich immer eine Gefährdung des sozialen Gemeinwohls bedeuten[9]). Auch Tschierschky[10]) legt dem Begriff des Gemeinwohls einen „sozialwirtschaftlichen[11]) Sinn" bei. Auch er empfiehlt, bei Prüfung des Tatbestandes das Moment der Gefährdung der Gesamtwirtschaft in den Vordergrund zu rücken, da „die erstere zugleich Richtlinien und Hinweise für die letztere bieten dürfte".

Endlich gibt uns das Gesetz selbst die Richtlinien an, wann eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls insbesondere vorliegt: „Die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl ist insbesondere dann als gefährdet anzusehen, wenn in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise die Erzeugung oder der Absatz eingeschränkt, die Preise gesteigert oder hochgehalten oder im Falle wertbeständiger Preisstellung Zuschläge für Wag-

---

[9]) Noch enger Wenzel-Goldbaum S. 71. Er sagt mit einer gewissen Berechtigung: „Unter dem Gemeinwohl sind aber nur wirtschaftliche Interessen zu verstehen, dagegen nicht soziale, da dieser Interessenkreis überhaupt der Verordnung fernsteht (a. A. Haußmann-Holländer S. 39). „M. E. wird eine praktische Trennung der Begriffe (wie eben betont) wirtschaftliches Wohl und soziales Wohl kaum durchführbar sein. Das letztere ist eine unzertrennliche Funktion des ersteren. Im Ergebnis kommt schließlich bei der Anführung seiner Beispiele auch Goldbaum auf dasselbe hinaus.

[10]) Komm. v. I. u. T. vgl. S. 67 ff. insbes. S. 79.

[11]) M. E. ein besserer Ausdruck als der noch allgemeinere von Lehnich-Fischer gebrauchte „sozialpolitisch".

nisse (Risiken) eingerechnet werden, oder wenn die wirtschaftliche Freiheit durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder durch Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Bedingungen unbillig beeinträchtigt wird" (§ 4 Abs. 2 d. KartVO.). Der letzte Ausdruck „volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt" ist für eine juristische Erfassung noch unbrauchbarer und wird für die Gestaltung einer einheitlichen Rechtsprechung und Rechtsanwendung wenig förderlich sein. Man kann es wohl als unmöglich und aussichtslos bezeichnen, daß bei der so verschiedenen Anschauung, die über diesen Begriff je nach Weltanschauung wie politischer Einstellung herrscht, die Aufsicht sich nach rein „objektiven" Maßstäben richten wird.

Wenn die Begründung zur Kartellverordnung zwar dies besonders betont, dürfte es richtiger sein, Metzners Worten[12]) zuzustimmen: Daß „eine solch edle Absicht zwar durchaus anerkennenswert" ist, „in der Praxis ist ihr aber keine besondere Bedeutung beizumessen. In so wirren Gestaltungszeiten, wie wir sie in den letzten Jahrzehnten erlebten, kann man kaum von objektiven Maßstäben für wirtschaftliche Maßnahmen sprechen. Was gestern als gerecht und nützlich angesehen wurde, ist heute ungerecht und schädlich. Die Auffassungen wechseln schnell, je nach den Zeiten und Persönlichkeiten".

Wir sehen daraus, wie schwierig es ist, so kautschukartigen Begriffen irgendwelche juristisch verwertbare Schranken zu setzen. Das Gesetz selbst stellt, wie angeführt, zwar einige Hauptmerkmale auf. Auch die Kartelliteratur sucht durch Aufstellung umfangreicher Beispiele Richtlinien für die Handhabung der Aufsicht zu geben. Ich möchte es als nicht zu meiner Aufgabe gehörend ansehen, mich in einer weiteren Aufzählung zu verlieren, da immer wieder darauf hingewiesen werden muß, daß der Minister trotz pflichtmäßiger Prüfung schließlich nach seinem freien Ermessen zu entscheiden hat. Er kann sich an die mit mehr oder weniger Sachverständigenautorität gegebenen Mahnungen halten, braucht es aber nicht. Nichts wird ihn hindern, von 100 Beispielen ein 101. aufzustellen.

Was daher den Gegenstand seiner Aufsicht anbelangt, ist

---

[12]) Das Kartellgesetz in KartRdsch. 24 S. 312.

dem Reichswirtschaftsminister der weiteste Spielraum gelassen. Die einzig mögliche juristisch verwertbare Beschränkung kann nur darin gesehen werden, daß sich seine Aufsicht allein auf das wirtschaftliche, nicht auf das kulturelle Gebiet zu erstrecken hat.

Wenn hierin eine große Gefahr des Machtmißbrauches liegt, so besteht diese schließlich für jede polizeimäßige Aufsicht. Das ergibt sich aus der Ermessensfreiheit, die einer solchen Behörde stets in so umfangreichem Maße gegeben ist. Auch die für die Polizei üblichen Schutzgegenstände „öffentliche Ordnung, Ruhe und Sicherheit" bieten, wie wir schon aus meinen vorigen Ausführungen erkennen konnten, eine fast ebensolche Dehnbarkeit und Unmöglichkeit, sie juristisch zu erfassen[13]).

Für die gewöhnliche Polizeiaufsicht gemäß § 10, II, 17 des Allgemeinen Landrechts liegen allerdings die Verhältnisse insofern anders, als auf Grund des bestehenden Rechtsschutzes die Aufsichtsbehörde sich in ihren Entscheidungen stets nach den von der Judikatur aufgestellten Grundsätzen richten wird.

Bei dem teilweise (§ 4 Ziff. 2 und 3) gänzlich fehlenden Rechtsschutz in der Kartellverordnung besteht dieser Zwang nicht. Trotzdem dürfte es zum „pflichtmäßigen" Handeln des Reichswirtschaftsministers gehören, sich nach der Judikatur des Kartellgerichts und den von diesen aufgestellten Grundsätzen zu richten, zumal auch das Kartellgericht nach denselben Voraussetzungen zu entscheiden hat (§ 1 Ziff. 1, § 10, zum Teil auch § 9).

X. Die Richtlinien der bisherigen Aufsichtspraxis.

1. Gutachten.

Es wird in der Literatur[1]) der Wunsch nach einer sich allmählich bildenden „Kartellsitte" immer wieder ausgesprochen, damit auch für die Kartellaufsicht einige objektive Grundsätze sich ausbilden könnten, um somit der Behörde als Richtschnur zu dienen. Um eine gewisse Objektivität behördlichen Eingreifens

---

[13]) Wolzendorff a.a.O. S. 201 u. S. 192; Anschütz a.a.O. S. 17.

[1]) Friedländer S. 74.

zu sichern, hat die Kartellstelle des Reichsverbandes der deutschen Industrie[2]) die dringende Bitte an den Reichswirtschaftsminister gerichtet, eine Anordnung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 grundsätzlich nur nach Einholung einer gutachtlichen Äußerung des Kartellgerichts bzw. der Spitzenverbände gemäß § 20 der Verordnung zu erlassen[2]).

Es sind mit Bestehen der Kartellverordnung einige Gutachten ergangen, die als wichtige Anhaltspunkte für ein behördliches Eingreifen anzusehen wären. Ich möchte nicht auf die oft bestrittene Richtigkeit[3]) dieser Gutachten eingehen, sondern sie nur als die bestehende Ansicht der Kartellbehörden feststellen, so daß zukünftig ein Nichtbeachten dieser Grundsätze als der Gesamtwirtschaft oder dem Gemeinwohl zuwider stets ein Einschreiten zur Folge haben wird. Klauseln, die für wirtschaftlich schädlich angesehen werden, sind vorzüglich: Repartierungsklauseln, Treurabattklauseln (beschränkt), Gegenseitigkeits- und Ausschließlichkeitsklauseln usw.

2. Die Rechtsprechung des Kartellgerichts.

Wenn wir die bisherige Kartellrechtsprechung überblicken, so zeigt sich, daß sie eine ganz andere Wendung genommen hat, als der Gesetzgeber es eigentlich beabsichtigt hatte. Statt der Aufsichtsparagraphen (§§ 4, 9 und 10) hat die einzige privatrechtliche Bestimmung des § 8, die dem einzelnen Kartellmitglied eine Kündigungsmöglichkeit bei wichtigem Grund von den Kartellbindungen gibt, fast ausschließlich die Kartelljudikatur beschäftigt. Entscheidungen über die übrigen Paragraphen sind nur einige bewerkenswerte betreffs der Sperre aus § 9 gefallen. Da auch hier zu den Voraussetzungen die Gefährdung des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft in Frage kommen, dürften die Entscheidungen als Anhaltspunkte für die allgemeine Handhabung der behördlichen Aufsicht von Interesse sein.

---

[2]) Siehe Bericht der Kartellstelle Nr. 10 und 13.

[3]) Der RWM. hat bemerkenswerterweise dieser Bitte nur insoweit entsprochen, als darin für ihn keine Bindung bestehen dürfe.

[4]) Lucas, Berichte der Kartellstelle Nr. 21.

Wenn sich aus diesen Entscheidungen eigentlich klare Richtlinien nicht ausgebildet haben, so sind vielleicht doch einige Momente hier von Interesse. Kartellgerichtsentscheidung Nr. 38 hebt den Unterschied der Maßstäbe hervor, der bei Berücksichtigung des Gemeinwohls zu machen ist, ob es sich um einen lebenswichtigen Wirtschaftszweig handelt oder um ausschließliche Mode- und Luxusartikel. Entscheidung Nr. 53: Eine Abwehrmaßnahme gegen irreführende Anpreisungen bedeutet nicht gleich eine Gefährdung des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft und ist daher erlaubt.

Entscheidung 75: Wahrung der Gewerbefreiheit. Eine Beschränkung der Gewerbefreiheit ist selbst dann nicht erlaubt, wenn eine solche Beschränkung dem öffentlichen Interesse dienlich wäre.

Entscheidung 78 und Entscheidung 80 (Kohlenhandel): „Es ist nicht Aufgabe des Kartellgerichts, durch Bewilligung einer Sperre die Entstehung von Betriebsformen, die vielleicht zum Nutzen der Allgemeinheit Eingang finden können, zu hindern"; ferner: „Die Gefährdung des Kleinhandels bedeutet eine Gefährdung auch des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft."

Entscheidung vom 26. Juli 1927 (siehe KartRdsch. 27): Die Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls kommt bei dem vorliegenden, zu beschränkten Wirkungskreis der Sperrmaßnahme nicht in Frage. Wir sehen aus diesen Entscheidungen, daß sich das Gericht einer positiv fördernden Aufsichtstätigkeit enthält und in seiner Einstellung sich bis dahin grundsätzlich auf die Gefahrenabwehr beschränkt hat.

Eine eigentümliche Stellungnahme, bei der eine Kritik auch nicht ausblieb, bedeutet die Entscheidung Nr. 85: „Das Kartellgericht kann nicht durch einen behördlichen Akt (Sperrgenehmigung) die Betätigung privater Monopole (Stahlwerksverband) unterstützen."

Wittgensteiner[4]) äußert sich in günstigem Sinne über diese Entscheidung: Ganz richtig, bemerkt er, daß für die Gefahr schon die Möglichkeit eines Schadens genügt[5]). Wenn

[5]) Bemerkungen zur KartellgerEntsch. vom 27. Februar 1927 in Kart.-Rdsch. 27 S. 338.

[6]) So auch RG. vom 27. Juli 1924 in LZ. 1924 S. 645.

Wittgensteiner indes weiter anerkennt: „Monopole sind schon eine Gefährdung durch ihr Vorhandensein", so würden daraus sich m. E. unmögliche Konsequenzen ergeben; denn jede Maßnahme eines solchen Monopols müßte dann von der Kartellaufsichtsbehörde unterdrückt werden, da in jeder Maßnahme dann ja auch schon eine Möglichkeit einer Gefahr läge. Wenn Wittgensteiner (S. 310) ferner sagt: „Hält man Monopole für zweckmäßig, so wird man das Urteil gefühlsmäßig als Fehler, hält man sie für schädlich, so wird man es als Fortschritt zu empfinden geneigt sein. Der Gegenstand ist eher ein wirtschaftspolitischer als ein juristischer."

Es ist m. E. recht unbefriedigend, sich mit einer rein gefühlsmäßigen Einstellung zufrieden zu geben. Ich möchte dem gegenüberhalten die Kritik Isays in der vorhergehenden Nummer der Kartellrundschau[6]), der in seiner Ablehnung sich keineswegs mit einer gefühlsmäßigen Einstellung begnügt. Isay betont wieder aus dem ganzen Zweck der Verordnung den Gedanken der Abwehr: Es ist nicht Aufgabe des Kartellgerichts, ein Übel zu kurieren, das sei auch wirtschaftspolitisch falsch, sondern § 9 solle nur die „Gefahr" bekämpfen, nicht auch die Abneigung gegen eine Monopolmacht fördern. Diese ablehnende Begründung ist keineswegs gefühlsmäßig, sondern gründet sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß nur dann ein Versagen der Sperre vorliegt, wenn es sich um Gefahrenabwehr handelt. Aus demselben Gedanken sagt Isay weiter richtig: „Nicht etwa muß positiv der Beweis erbracht sein, daß die Sperre durch besonderes Interesse des Verbandes gerechtfertigt wird. Die Genehmigung ist nur dann zu versagen, wenn eine der beiden ‚Ausnahmenbestände', eine der beiden ‚gesetzlichen Alternativen' dargetan ist" (Entsch. Nr. 53 und 59).

Gegen die Entscheidung ist entschieden Stellung zu nehmen, da sie eine bedenkliche Erweiterung darstellt. Als Ergebnis müssen wir leider gerade in dieser letztgenannten Entscheidung Nr. 85 einen bedauerlichen Rückschritt feststellen und ein Abgleiten von der rechtsstaatlichen Auffassung der Gefahrenabwehr. Bei der Dürftigkeit des hier vorliegenden Materials ist

---

[7]) Isay, KartRdsch. 27 S. 273.

es natürlich noch unmöglich, ein abschließendes Urteil über die künftige Entwicklung dieser Rechtsprechung abzuschließen, geschweige denn Grundsätze herauszulesen, die für eine sogen. „Kartellsitte" in Betracht kämen. Trotzdem habe ich geglaubt, die Anführung dieser Entscheidung als allgemein bedeutsam für die Entwicklung der zukünftigen Handhabung der Kartellaufsicht nicht übergehen zu dürfen.

XI. Die Mittel des Reichswirtschaftsministers zu polizeilichem Einschreiten gemäß § 4 der VO.

1. Die Besonderheit des § 4 Ziff. 2 der VO.

Im letzten Abschnitt meiner Ausführungen soll noch einiges gesagt sein über die polizeilichen Mittel, die dem Reichswirtschaftsminister bzw. Reichsernährungsminister zur Durchführung ihrer Aufsicht in die Hand gelegt sind. Es sind dies:

1. ein Antragsrecht § 4 Nr. 1 (vgl. auch § 10),
2. die Konstituierung eines Kündigungsrechtes (§ 4 Nr. 2),
3. die Auskunftsbefugnis (§ 4 Nr. 3).

Ihrer Wirkung nach steht Ziff. 1 fraglos an erster Stelle. Auf Antrag des Ministers kann ein Kartellvertrag oder Beschluß vernichtet werden, während Ziff. 2 nur die Möglichkeit einer Kündigung, Ziff. 3 aber nur dem Kartell eine Auskunftspflicht gibt, die durch § 5 noch verschärft werden kann. Letztere Anordnung tritt gegenüber der Auskunftspflichtverordnung vom 12. Juli 1917 in der Neufassung vom 15. August 1923 zurück, da nach dieser Verordnung der Minister ohne irgendwelche Voraussetzung, wie Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls, schriftliche wie mündliche Auskunft sowie Abschriften jeglicher Art verlangen kann (§§ 2 und 3 d. VO.). Es könnte daher § 4 Ziff. 3 ebensogut entbehrt werden. Tatsächlich macht der Reichswirtschaftsminister mehr von der Auskunftspflichtsverordnung gegenüber den Kartellen Gebrauch[1]). Dadurch hat für uns § 4 Ziff. 3 zur weiteren rechtspolitischen Wertung an Bedeutung verloren.

---

[1]) Metzner, Kartell und Kartellpolitik S. 79.

Als Machtbefugnis dagegen tritt Ziff. 1 wie 3 gegenüber Ziff. 2 des Paragraphen völlig zurück. Ziff. 1 gibt dem Reichswirtschaftsminister nur ein Antragsrecht[2]), die Entscheidung fällt das Gericht.

Rechtlich neu und rechtspolitisch von hohem Interesse ist die Anordnung des § 4 Ziff. 2.

Rechtlich neu ist die Tatsache, daß eine Verwaltungsbehörde durch einen Verwaltungsakt ein Recht, in diesem Fall ein Kündigungsrecht, selbst konstituiert und durch ihren Eingriff eine Rechtsgestaltung herbeiführt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch besteht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Jeder kann grundsätzlich über jeden beliebigen Gegenstand Verträge abschließen, soweit nicht das Gesetz es ausdrücklich untersagt. Die Polizei konnte dem Einzelnen darüber bisher keine Beschränkung auferlegen. Sie konnte wohl in die Privatrechtssphäre eingreifen, aber nur hindernd, nicht rechtsändernd, wenn polizeiliche Gesichtspunkte in Frage standen. Dies ist z. B. häufig der Fall bei Mietverträgen. Die Polizei kann die Benutzung einer Wohnung aus gesundheits- oder baupolizeilichen Motiven heraus hindern; damit hindert sie aber nur die Vertragserfüllung, ohne an dem Vertrag selbst etwas zu ändern[3]). Hier bedeutet der Eingriff der Behörde aber nicht eine Hinderung an der Erfüllung von Verträgen oder Beschlüssen, sondern durch Verwaltungsakt wird ein Recht selbständig konstituiert, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsklausel gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 für gegeben erachtet werden. Wir können diese Tatsache nur als bedenkliche Neuerung feststellen, zumal jede Rechtskontrolle fehlt. Wie alle obrigkeitlichen Verfügungen kann auch diese von den ordentlichen Gerichten nur daraufhin geprüft werden, ob das Reichswirtschaftsministerium zum Erlaß in concreto zuständig war[4]), d. h. m. a. W. eine solche Verfügung wäre dann unwirksam, wenn es sich gar nicht um einen Kartellvertrag oder -beschluß handeln würde. Damit ist aber jede Möglichkeit erschöpft, höchstens noch ein Petitionsrecht an das Parla-

---

[2]) So auch § 10 der KartVO.
[3]) Bartsch a. a. O. S. 27 ff.
[4]) Isay, Kartelle und ordentliche Gerichte in KartRdsch. 25 S. 70.

ment gegeben. Bei der bekannten Stimmung des Parlaments gegen die Kartelle wäre auch ein solch wahrscheinlich langwieriger, umständlicher Weg von vornherein aussichtslos, zumal gerade hier rasche Hilfe erforderlich wäre. Wir haben es hier mit einer Resterscheinung staatlicher Machtmethoden aus der Kriegs- und Nachkriegszeit zu tun. Gegen Verfügungen auf dem Gebiete der Kriegswirtschaft und Wohnungspflege gab es keine Rechtsmittel[5]). Ferner weise ich auf die kraft staatlicher Machtvollkommenheit zwangsweise verlängerten Syndikatsverträge hin. Sie bedeuteten eine Umkehrung gegenüber § 4 Ziff. 2. Durch diese Verfügung wird eigenmächtig ein Kündigungsrecht konstituiert, jene konstituierten kraft obrigkeitlicher Verfügung eine vertragliche Bindung. Außer diesen Vergleichsmomenten mit nur für unnormale Zeiten bestimmten Zwangsbefugnissen kommt bei der in § 4 Ziff. 2 vorgesehenen Maßnahme noch als weitere Neuerung hinzu, daß die oberste Aufsichtsbehörde (RWM.) eine rein politische ist. Es ist erstaunlich, wie wenig man sich darüber für die Rechtssicherheit unseres Staates sorgt, besonders aus den Kreisen der Wissenschaft. Ich verweise hier allerdings auf die Ausführungen von Göppert[6]). Göppert bezeichnet die Befugnisse des Reichswirtschaftsministers im Hinblick auf den Mangel jeden Rekurses geradezu als lebensgefährlich für das betreffende Kartell, deren Tragweite auch bis heute noch nicht erkennbar ist und auch niemand voraussehen kann, wie weit sie gehen werden, wenn statt eines demokratischen Parteimannes z. B. ein deutschvölkischer das Wirtschaftsministerium lenken würde, und wenn in den weiteren Ausführungen darauf hingewiesen wird, „daß nicht die Rechtssätze, sondern deren Handhabung bestimmt, was Rechtens ist", so wird man in unserem Falle kaum erwarten können, daß die Handhabung dieser Rechtssätze Rechtens sein werden, wenn das, was als solches bezeichnet wird, und worauf man sich beruft, in den Augen der Untertanen, hier der beherrschten Wirtschaft, eventuell nur Versuche sind, ein Parteiprogramm zu verwirklichen. Was ist Gemeinwohl für den Sozialisten, was für den Völkischen, was für den Kommunisten? Das

[5]) Siehe BadVerwGerHof in JW. 1917 S. 699.
[6]) Staat und Wirtschaft S. 34.

subjektive Moment wird sich trotz des eben gemachten Versuches, wenigstens gewisse Rechtsschranken aufzustellen, nicht ganz ausschalten lassen. Schon Bähr[7]) weist darauf hin, wieviel mehr gilt das heute, wo im Kampf der Parteien die Meinungen sich noch nie so schroff gegenüberstanden.

Diese rechtspolitischen Gesichtspunkte können nicht stark genug betont werden bei dem Gedanken, daß auch diese Bestimmung wie die Kartellverordnung selbst nur eine vorläufige Regelung darstellen. Die Gegner der Kartelle fordern allerdings eine Verewigung der Verordnung und sogar noch eine Verschärfung. Auch liegt eine Entschließung der sozialdemokratischen Partei für das Rechnungsjahr 1925 vor zu einem neuen Kartellgesetzentwurf des Inhalts, daß „ein dem Gemeinwohl dienendes unabhängiges Kartellamt zur Überwachung der Kartelle, Syndikate und Trusts einzusetzen"[8]).

Daß eine solche behördliche Machtbefugnis in die Kartellverordnung hineinkam, ist auf die Tatsache zurückzuführen, daß die Kartellverordnung selbst in ihrer Entstehungsgeschichte bei den innerhalb des Kabinetts bestehenden verschiedenen und entgegengesetzten Strömungen das Produkt eines Kompromisses ist und dieser Charakter gerade in der Anordnung gemäß § 4 Ziff. 2 sich besonders deutlich bemerkbar macht.

Die schärfere Richtung verlangte die Schaffung einer Bestimmung, nach der jedes Kartellmitglied ohne Angabe des Grundes jeden Augenblick kündigen dürfe. Der Kompromißweg läßt wenigstens die Möglichkeit offen, daß der Reichswirtschaftsminister nur dann eingreift, wenn das Gemeinwohl oder die Gesamtwirtschaft als gefährdet anzusehen ist, läßt aber dem Reichs-

---

[7]) Rechtsstaat 1864 S. 70: „Der Minister aber ist ein Einzelner, der noch dazu durch seine Entlaßbarkeit keine Gewähr für irgendwelche Dauer der von ihm vertretenen Grundsätze darbietet. Die ganze Interpretation des öffentlichen Rechtes ist demnach in den heutigen Staaten auf zwei Augen gestellt. Wenn heute der Regent eines Landes seinen Minister wechselt, so nimmt schon morgen vielleicht das gesamte öffentliche Recht eine andere Physiognomie ein, eine Erscheinung, die dem Wesen des Rechts, wie wir anders dasselbe richtig als das stabile Element des Staatslebens bezeichneten, wahrhaft hohnspricht."

[8]) Metzner, Kartell und Kartellpolitik S. 94/95.

wirtschaftsminister materiell die stärkste Waffe unter seinen Aufsichtsbefugnissen. Aber gerade in der Möglichkeit des Eingriffes, der selbst auch wieder nur die Möglichkeit eines Erfolges verbürgt — denn die Kartellmitglieder können kündigen, brauchen es aber nicht —, liegt m. E. rechtspolitisch gedacht die außerordentliche Gefährlichkeit dieser Anordnung. Sie ist eine Waffe, deren Schärfe der Träger selbst nicht kennt. Der Pfeil ist abgeschossen, niemand kann sicher feststellen, wo er trifft, wie tief er verwundet, noch, ob er überhaupt trifft. Die Wirkung bleibt stets eine vollkommen unsichere; denn mit der Konstituierung dieses Rechtes liegt noch nicht die Gewähr vor, daß davon Gebrauch gemacht wird. Darin liegt die Gefahr. Der beabsichtigte Erfolg der Anordnung: Schutz der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls wird nicht durch Erlaß der Anordnung verbürgt, im Gegenteil sehr in Frage gestellt. Der Schutz des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft ist dem Reichswirtschaftsminister mit Erlaß der Anordnung aus der Hand geglitten und unter die Willkür der Kartellmitglieder gestellt. Es können also Kartellverträge oder Beschlüsse in eklatanter Form gemeingefährlich sein, ohne daß irgendeiner der Beteiligten sich bemüßigt fühlen würde, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, da ihm für sein persönliches wirtschaftliches Interesse die Kartellbindungen vielleicht im Augenblick von Nutzen sind. Ein Erfolg ist mithin nur dann zu erwarten, wenn zufällig das Eigeninteresse der Beteiligten mit den Interessen des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft zusammenfallen. Eine andere Möglichkeit ist doch wohl nicht wahrscheinlich; denn man wird von den Beteiligten nicht erwarten können, daß sie ihr Handeln nunmehr allein nach Gemeinwohlrücksichten einstellen werden, sondern es wird voraussichtlich so bleiben, wie es immer war: Der eigene Geldbeutel, das eigene Wirtschaftsinteresse ist für jeden zunächst das primäre, und unter diesem Gesichtspunkt wird dann jeder handeln. Vom Standpunkt des real denkenden Menschen aus gesehen hängt der Schutz der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls von dem privaten Geschäftsinteresse des Einzelnen ab. Die Aussichten für eine befriedigende Wirkung nach Erlaß einer solchen Anordnung sind äußerst gering, wie uns die beiden Fälle der Praxis nicht deutlich

genug zeigen können[4]). Die Wirkung war in beiden Fällen gleich Null.

Auch zeitlich kann das Kündigungsrecht unbeschränkt sein. Man kann nur ganz allgemein sagen, die Wirkung der Anordnung besteht so lange, als nach Ermessen des Ministers Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl gefährdet erscheinen. Haußmann-Holländer (S. 45) sagen: „Das Reichswirtschaftsministerium wird das Kündigungsrecht zweckmäßigerweise zeitlich beschränken." Das ist zwar eine sehr vernünftige Mahnung, und die Berechtigung dazu muß dem Reichswirtschaftsminister ohne weiteres zuerkannt werden nach dem Grundsatz: a maiore ad minus, aber die Beschränkung bleibt eben nur eine Mahnung; nichts hindert den Reichswirtschaftsminister, anders zu handeln. Darin liegt eine weitere Gefahr und Trübung der Rechtslage. Das Kartell ist nicht mehr fähig, nach einer solchen Anordnung eine weitschauende Politik zu treiben. Es muß jeden Augenblick darauf gefaßt sein, daß irgendein Mitglied oder die Mehrheit der Mitglieder kündigt, wann es ihm paßt oder wenn ihnen irgendein Beschluß unbequem wird.

Das kann aber doch nicht Aufgabe einer Aufsichtsbehörde sein, sich solcher Mittel zum Schutze der Allgemeinheit zu bedienen. Die Gefahr des Schadens würde in keinem Verhältnis zu einem höchst unsicheren Erfolg stehen und so die Allgemeinheit vielleicht in viel stärkerem Maße schädigen. Es soll doch die Aufgabe einer Aufsichtsbehörde sein, Ordnung und Sicherheit durch ihre Maßnahmen zu verbürgen. Davon wären wir hier weit entfernt. Eine viel größere Gefahr besteht in der Entfesselung allgemeiner Rechtsunsicherheit und Disziplinlosigkeit.

Das ist auch so weit von den maßgebenden Stellen scheinbar bis jetzt erkannt worden, daß mit Hilfe solch plumper Kampfmittel eine gerechte und dem Wohl der Gesamtheit dienende Wirtschaftspolitik ausgeschlossen ist.

---

[9]) Eine Anordnung gemäß § 4 Ziff. 2 erging zum erstenmal am 6. Okt. 1925 gegen den Halleschen Verein für Ziegelfabrikate AG. Halle und zum zweitenmal am 23. März 1926 gegen die Freie Vereinigung der Kohlenhändler Lübeck e. V.

2. Allgemeines.

Der Reichswirtschaftsminister spricht von dem Schwert in der Scheide, welches nur schon allein dadurch, daß es die Möglichkeit gibt, einmal mit aller Schärfe gezogen zu werden, genügenden Schutz verbürgt und die Kartelle von sich aus vor Mißbrauch und Ausnutzung ihrer Machtstellung abhalten soll. Das ist scheinbar eine sehr maßvolle und beruhigende Erklärung, aber nur scheinbar.

Der gänzliche Mangel einer Rechtspraxis nicht nur des § 4, sondern auch des § 10 — letzterer nur in zwei nicht veröffentlichten Fällen — könnte dies vielleicht bestätigen und demgegenüber meine gemachten Ausführungen und Versuche trotz mangelnder Rechtspraxis auf Grund der von Isay hervorgehobenen Gesichtspunkte für überflüssig erklären, wenn sich nicht in der Wirklichkeit zeigen würde, daß das Schwert vom Minister zwar in der Scheide geführt wird, aber anscheinend als Druckmittel die Position desselben schon derart stärkt, daß allein schon das Vorhandensein solch gefährlicher Befugnisse genügt, um jedes Kartell gefügig zu machen.

M. E. ist die so hinter den Kulissen geführte Aufsicht, wenn sie in einer so umfangreichen Weise[10]) geschieht, kein begrüßenswertes Zeichen. Dieses Nachgeben der Kartelle kann vielleicht einerseits als gutes Zeichen angegeben werden, daß, wenn wirklich Mißstände vorlagen, die Kartelle es freiwillig vorzogen, diese abzustellen, ohne es auf einen Rechtsstreit ankommen zu lassen. Andererseits ist es aber doch auffallend, daß es bisher tatsächlich nicht zu einem solchen gekommen ist. Könnte das nicht ebensogut als ein Zeichen angesehen werden, daß bei der

---

[10]) Reichstag III. Wahlperiode 1924/27, Ber. über die Wirkung der KartVO. vom 2. November 1923 und die Tätigkeit des KartGer. 1927. Es heißt dort (S. 3): „Der RWM. hat bisher von seinem Antragsrechte aus den §§ 4 und 10 der KartVO. gegenüber 22 Verbänden Gebrauch gemacht ... In allen diesen Fällen ist es zu einem Spruch des KartGer. nicht gekommen, da die Verbände, nachdem das KartGer. angerufen war, den Anforderungen des RWM. in der Hauptsache genügt habe und dieser seine Anträge zurückgezogen hat."

außerordentlichen Macht des Ministers den Verbänden ein Entgegentreten doch in allen Fällen als aussichtslos erscheint.

Das dürfte doch nicht der Zweck dieser Aufsicht sein, sich kraft schrankenlosen Übergewichtes in jedem Falle durchsetzen zu können, selbst auf die Gefahr hin, daß bei dem so außerordentlich schweren Überblick über wirtschaftliche Verhältnisse durch ein ungerechtfertigtes Eingreifen einer Behörde mehr Schaden als die Verhütung einer vielleicht nur vermeintlichen Gefahr angerichtet werden könnte. Mit solchen Methoden würden wir uns sehr schnell dem alten Gedanken des Polizeistaates nähern, der dem beschränkten Untertanenverstand jeder Zeit die Unfehlbarkeit des Staates entgegenzusetzen pflegte.

C. Schluß.

Zusammenfassung.

Wenn wir daher zum Schluß noch einmal auf das oben Gesagte zurückblicken, können wir uns der Erkenntnis nicht verschließen, daß die Verwirklichung des sicherheitspolizeilichen Gedankens als alleiniger Maßstab für eine behördliche Kartellaufsicht größter Gefährdung ausgesetzt ist.

In der weder juristisch noch kaum begrifflich begrenzbaren Ermächtigung, in dem Fehlen einer schon auf Erfahrungen beruhenden Handhabung dieser Aufsicht und endlich in der bedenklichen Form der Mittel (§ 4 Nr. 2 bedeutet gleichsam eine Aufforderung zur Vertragsuntreue), deren Unkontrollierbarkeit jeder Möglichkeit zur Willkür und jedem Ermessensmißbrauch Tür und Tor öffnen, sind die Voraussetzungen für eine Verwirklichung dieses Gedankens allerdings in äußerst geringem Maße gegeben.

Gerade deshalb ist es erforderlich, um so mehr auf den wahren Inhalt und den wahren Zweck dieses neuen Kartellgesetzes, als nur gegen den „Mißbrauch“ wirtschaftlicher Machtstellung gerichtet, hinzuweisen. Bei der so naheliegenden Möglichkeit der Willkür, um so mehr auf die tatsächlich vorhandenen Schranken — Sicherheitspolizei, bei der Möglichkeit der Subjektivität, auf die „pflichtmäßige Objektivität“.

Lebenslauf.

Am 19. Februar 1904 wurde ich zu Struga bei Warschau als Sohn des Fabrik- und Gutsbesitzers Ladislaus Baron Pilars de Pilar und seiner Ehefrau Antonia geb. Freiin von Oer geboren. Mit meinem 2. Lebensjahr kam ich nach Deutschland, wo ich meine gesamte Ausbildung erhielt. Bis zu meinem 14. Lebensjahr erhielt ich Privatunterricht und besuchte dann das human. Gymnasium Paulinum in Münster i. W., wo ich Ostern 1924 die Reifeprüfung ablegte.

Vom S.-S. 1924 bis S.-S. 1925 studierte ich Rechtswissenschaft in München, W.-S. 1925/26 in Lausanne, S.-S. 1926 in Münster und von W.-S. 1926/27 bis W.-S. 1927/28 in Bonn, wo ich am 24. Mai 1928 die mündliche Doktorprüfung ablegte und als Gesamtprädikat gut erhielt.

Gabriel Baron Pilars de Pilar.